

Aproximación dogmática a los derechos culturales

(El derecho a la cultura como derecho
fundamental)

Timanfaya Custodio Castañeyra

2014

CUADERNOS DE DERECHO DE LA CULTURA nº 5

Director de la colección:

Marcos Vaquer Caballería (UC3M)

Consejo Editorial:

Icíar Alzaga Ruiz (UNED)

Domenico D'Orsogna (Università di Sassari, Italia)

Javier García Fernández (UCM)

Luciano Parejo Alfonso (UC3M)

Francisco Piñón (Universidad Nacional de Tres de Febrero, Argentina)

Jesús Prieto de Pedro (UNED)

Honorio Velasco Maíllo (UNED)

Secretaría de redacción:

Raquel Rivera

Cuadernos de Derecho de la Cultura quiere ser un portal abierto para la difusión de los mejores trabajos de investigación que se desarrollan en el seno del Instituto, así como de otros estudios y colaboraciones externas que merezcan ser publicados. Para garantizar su calidad, los originales cuya publicación se nos proponga serán sometidos a una evaluación ciega por pares. Con objeto de favorecer su máxima difusión y visibilidad, se ofrece en acceso abierto en el repositorio institucional de la Universidad Carlos III, *e-Archivo*, bajo una licencia *Creative Commons*, de modo que estos *Cuadernos* sean accesibles a todos en todas partes.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada

Disponible en e-Archivo: <http://hdl.handle.net/10016/18206>

Edita:

INSTITUTO INTERUNIVERSITARIO PARA LA COMUNICACIÓN CULTURAL
UC3M-UNED

C/Madrid 126, 28903 Getafe (Madrid) España

Despacho 15.1.59 Correo-e: icultura@pa.uc3m.es

Tel.: (+34) 91 624 57.81 Fax: (+34) 91 624 57.37

<http://www.uc3m.es/iicc>

ÍNDICE

<u>ABREVIATURAS Y SIGLAS MÁS UTILIZADAS</u>	5
1. <u>Introducción</u>	7
2. <u>Origen y construcción del concepto de los derechos culturales</u>	13
2.1. Origen: el marco internacional de los derechos humanos	
2.2 . Concepto: hacia una definición de derechos culturales.	
3. <u>Fundamento. El universalismo cultural en contraposición al llamado relativismo cultural. La diversidad cultural.</u>	24
4. <u>Naturaleza y límites de los derechos culturales</u>	32
4.1. Naturaleza: doble dimensión. Los <i>derechos colectivos</i> .	
4.2. Límites	
5. <u>Contenido y clases. Necesidad de clarificación. El art. 15.1.a) PIDESC</u>	38
6. <u>Garantías y protección</u>	43
7. <u>Perspectiva y desafíos de los derechos culturales en la actualidad</u>	49
8. <u>Conclusiones</u>	53
9. <u>Bibliografía</u>	58

ABREVIATURAS Y SIGLAS MÁS UTILIZADAS

CDC	Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

Resumen: La importancia creciente de la cultura y lo cultural en las sociedades contemporáneas es un hecho. La consideración de la cultura como fuente de identidad le otorga una función en la sociedad, que en los últimos años se vincula directamente al desarrollo humano. El debate ha de pasar necesariamente al ámbito jurídico donde se debe elaborar y estructurar este derecho, o conjunto de derechos. Aunque la reflexión desde el campo del derecho es más bien reciente, en los últimos años se pueden apreciar importantes avances, sobre todo en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, que nos hacen pensar en un nuevo enfoque de los derechos culturales con respecto al resto de derechos humanos. El presente trabajo muestra un estado de la cuestión de los derechos culturales, a través de la observación de los mismos desde muy distintos ángulos, con el objetivo de coadyuvar al verdadero y efectivo reconocimiento de los mismos.

Palabras clave: derechos culturales, cultura, derechos humanos, desarrollo humano, diversidad cultural, acceso a la cultura, participación en la vida cultural, UNESCO

Abstract: It is a matter of fact that culture has a growing importance in contemporary societies. As a source of identity, it plays a role linked to human development. The debate must be transferred to juridic framework where cultural rights category should be constructed. Although the legal consideration of this subject is too recent, important advances have occurred lately, specially in United Nations field, bringing as a consequence a new approach of cultural rights regarding the rest of human rights. This paper shows a status of the issue, through the analysis of the cultural rights from different points of view, in order to contribute to the achievement of a real and effective recognition of them.

Key words: cultural rights, culture, human rights, human development, cultural diversity, access to culture, participation in cultural life, UNESCO

1. Introducción

En el mundo que nos rodea cada vez es más importante la presencia de la cultura, o de lo cultural. Hasta el punto de que se ha reclamado para la misma el cuarto lugar, si no el primero, entre los elementos integrantes del Estado contemporáneo (junto a los elementos poder, territorio y pueblo de Jellinek)¹.

Pero la reflexión en torno a este hecho no surge hasta la aparición del Estado Moderno, en los siglos XVIII y siguientes, cuando los teóricos de la época se empiezan a preguntar qué importancia tiene el elemento cultural en la sociedad y en la vida de cada persona, ante la toma de conciencia de una identidad cultural propia por parte de los nuevos ciudadanos. A ello contribuye también la creciente mundialización, la interdependencia de los Estados, el aumento de las migraciones y los cambios geopolíticos a partir de ese momento.

La consideración de la cultura como fuente de identidad le otorga una *función* en las sociedades², terminándose de configurar en los últimos 50 o 60 años como claro factor del desarrollo humano. Esta circunstancia ha propiciado que la cultura sea ineludible objeto de estudio de múltiples disciplinas de las ciencias sociales, entre las que merece un lugar destacado la antropología. Todas ellas contribuyen a ampliar el concepto de cultura, pero cada una le aporta una visión y unas características diferentes.

El debate no es pacífico, ya que nos encontramos ante un concepto que bebe de muchas fuentes, muy ambiguo, nada fácil de concretar, y ello conduce a una consecuente indeterminación en el contenido del derecho, o conjunto de derechos, relativos a la cultura. No hay consenso, por la cantidad y variedad de elementos que conviven en el mismo: derecho de propiedad intelectual, patrimonio cultural, acceso a la cultura, creación artística, derecho a la identidad cultural, diversidad cultural, incluso hay quien incluye también el derecho a la educación, o el derecho a la información, por citar solo algunos ejemplos.

Asumiendo que, como proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos en varios de

¹ ARROYO YANES, L.M. *Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación*. Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas. Nº 2, 2006, pp. 262-283

² BARREIRO CARRIL, B. *“La diversidad cultural en el Derecho Internacional: La Convención de la UNESCO”*, Iustel, Madrid, 2011

sus artículos³, toda persona tiene derecho a la cultura, el debate ha de pasar necesariamente al ámbito jurídico donde se debe estructurar este derecho, o conjunto de derechos y establecer sus garantías, límites, titularidad, modo de ejercerlo, etc. La elaboración y recepción de la categoría de los derechos culturales y su protección en las sociedades jurídicamente más avanzadas constituye una cuestión de primer orden para alcanzar los objetivos a los que aspira la nueva sociedad.

Estos son unos derechos que pertenecen a lo más esencial de la persona, cuyo cumplimiento efectivo debería ser indiscutible, sin embargo es muy común que se sitúen en el centro del polémica, ya que su reconocimiento y eficacia son puntos en torno a los que existe mucha ambigüedad. Esta naturaleza ambigua ha provocado que su desarrollo haya sido desigual, lo que les ha hecho acreedores en más de una ocasión del apelativo “derechos humanos de segunda categoría”.

Lo que parece indiscutible a tenor de la DUDH, que los considera como una categoría más de derechos humanos, es que estos derechos son universales, indivisibles, interdependientes, e igualmente importantes que el resto⁴.

El presente documento pretende mostrar un estado de la cuestión de los derechos culturales, grupo de derechos humanos *de segunda generación* perteneciente al grupo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), abordando una elaboración profunda de los mismos con el objetivo (ambicioso, si se quiere llevar a sus últimos términos) de coadyuvar al verdadero y efectivo reconocimiento de estos derechos que pertenecen a toda persona, por el mero hecho de serlo, independientemente del lugar de su nacimiento, circunstancias sociales, económicas, religiosas, políticas o de cualquier otra índole, como el resto de derechos humanos⁵.

³ La DUDH (1948) en su art. 22 proclama: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Y en su art. 27.1: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.”

⁴ A pesar de las categorías artificiales que establecen los Pactos de 1966: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁵ Art. 2 de la DUDH

Definir los derechos culturales se presenta, como señalaba Halina Niec⁶, como una tarea monumental. Las dificultades a las que nos enfrentamos son numerosas: gran indefinición del objeto de estudio; falta de una reflexión integral (hay muchas pequeñas reflexiones, fragmentarias) en torno a la cuestión que nos ocupa, tensiones políticas e ideológicas que rodean a este grupo de derechos, conflicto entre la universalidad de los derechos humanos y el concepto de relativismo cultural... En el mismo título proponemos ya el concepto de aproximación, por entender que es este un campo arduo de abordar, en el que la reflexión desde el campo del derecho es más bien reciente, aunque últimamente se pueden apreciar avances importantes.

En relación a la metodología utilizada, y en atención a la naturaleza del objeto cognoscitivo (en último término, la cultura), el estudio se ha llevado a cabo aplicando un pluralismo metodológico propio del análisis de las ciencias sociales, sin perder nunca el rigor que le aporta la perspectiva jurídica.

El derecho es un tipo de saber científico sujeto a ciertas reglas, pero no lo podemos calificar de ciencia como tal. Sería, en todo caso, una *ciencia práctica*, además de un instrumento para la solución de conflictos. Asimismo, nos parece especialmente relevante aquí la vertiente del derecho como medio poderoso para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada⁷, como señalaba Atienza en su obra “El Derecho como argumentación”.

Pero el derecho es insuficiente para la elaboración (aun jurídica) de los derechos culturales. Por la complejidad que comportan, se debe tener en cuenta la opinión no sólo de juristas, sino de todos los estudiosos y profesionales de áreas conexas, atendiendo así a una seria demanda realizada entre la doctrina. Es especialmente relevante en este tema la concepción antropológica de la cultura, lo cual suscitó críticas por la merma de rigor jurídico, algo que desde nuestro punto de vista no está justificado, ya que es la que le va a dotar de su carácter de transmisora de valores y de identidades

⁶ NIEC, H. “*Cultural Rights: At the End of the World Decade for Cultural Development*” Intergovernmental Conference on Cultural Policies for Development (Stockholm, Sweden, 30 March - 2 April 1998)

⁷ ATIENZA, M. “*El Derecho como argumentación*” Ariel, Barcelona, 2006

Siendo este un campo en el que se entrecruzan diversas disciplinas que también reclaman para sí la cultura como objeto de estudio (la sociología, la antropología, la politología, incluso la economía, etc.) queda justificada más aún la pluralidad de métodos.

Por otro lado, los derechos culturales, son esencialmente un producto de la historia, (como veremos más adelante), razón por la cual es difícil sustraerse al método histórico en esta ocasión. Partimos de una perspectiva cronológica para conocer la génesis de los derechos culturales y el desarrollo que han tenido a lo largo de la historia, los diferentes debates que se han suscitado en torno a su naturaleza, contenido, clasificaciones y otros muchos aspectos.

La perspectiva histórica es una constante, como también lo ha sido la práctica comparativa, entre situaciones históricas diferentes, así como entre situaciones geográfica o políticamente diversas.

Tomando como punto de partida la teoría de los derechos humanos, fundamental y básica para situar la reflexión, hemos realizado un trayecto que va desde lo más general hasta estrechar el objeto de estudio, ciñéndolo a lo más concreto; de los derechos humanos, ilustrando brevemente la teoría de los mismos, su fundamento, naturaleza, titularidad y límites, hasta llegar a los derechos culturales *per se*. Dentro de estos, entraremos a explicar los dos grandes debates existentes en torno a esta cuestión, el debate entre el universalismo cultural y el relativismo cultural, y el que tiene como objeto de discusión la naturaleza individual o colectiva de estos derechos. Dos conceptos interrelacionados entre sí, el de identidad cultural y el de diversidad cultural, recorren transversalmente todo el documento, el cual desemboca, concretando aún más el objeto de análisis, en una reflexión profunda del derecho de toda persona a participar en la vida cultural, junto con el de acceso a la cultura, “como espina dorsal de los derechos humanos relacionados con la cultura”⁸.

Otro instrumento destacable en nuestro estudio es el análisis léxico de diferentes preceptos o disposiciones contenidas en los textos normativos de derechos humanos de distinto ámbito. Muchas veces en este tipo análisis y en el alcance que tienen determinados términos está la clave para la conceptualización de los derechos culturales, derechos complejos de por sí.

⁸ LAAKSONEN, A. “O direito de ter acesso à cultura e dela participar como características fundamentais dos direitos culturais”, Observatorio Itaú Cultural. N°11. Direitos Culturais: um novo papel

Además de los distintos cuerpos normativos (internacionales, regionales, nacionales), otras fuentes han servido de apoyo en la elaboración de este trabajo, desde las reflexiones hechas por la doctrina jurídica en materia de derechos humanos, y, más específicamente, en materia de derechos culturales, hasta, más allá de lo jurídico, otros textos de relevantes filósofos, sociólogos, antropólogos y otros estudiosos de la cuestión, que también han dado luz y perspectiva a este estudio.

Por último, entre las fuentes, no podemos dejar de mencionar el análisis de jurisprudencia existente en la materia, especialmente valiosa porque poco a poco va contribuyendo a la construcción y conceptualización de los derechos culturales, haciendo que aunque no cuenten aún con un desarrollo tan minucioso como el de otros derechos fundamentales, estén en la senda de conseguirlo.

Como colofón de la investigación, apuntamos el momento actual que viven y los desafíos a los que se enfrentan hoy los derechos culturales.

Recientemente en el seno de las Naciones Unidas se han producido tres hitos que quizá generen un cambio significativo en la concreción del contenido de los mismos: el primero de ellos sería la aprobación de la Observación General n° 21 sobre el derecho a participar en la vida cultural, en Ginebra el 19 de noviembre de 2009. El segundo sería la creación ese mismo año del Mandato para la figura de Experto Independiente en el ámbito de los derechos culturales. Y el tercero, calificado de gran avance por los internacionalistas, es el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento por el cual estos derechos ya son justiciables, ya que facultan a cualquiera a denunciar una violación de sus derechos culturales ante el Comité Económico y Social de Naciones Unidas.

Así pues, frente a la anterior situación de falta de clarificación de los derechos culturales, estas últimas iniciativas nos hacen pensar que quizá en unos años contemos con un escenario totalmente diferente en cuanto al contenido, alcance e implementación efectiva de los derechos culturales. Podemos afirmar sin temor a errar que nos encontramos ante un momento crucial para el futuro de estos derechos, que, haciendo gala de una conexión sin precedentes con el resto de derechos fundamentales, se configuran ahora como “útiles herramientas para el desarrollo, la

paz, la erradicación de la pobreza, la construcción de la cohesión social, el respeto mutuo y la convivencia pacífica entre individuos y grupos, en toda su diversidad”⁹.

⁹ 1er Informe Relatora Especial de Naciones Unidas en la esfera de Derechos Culturales, Farida Shaheed, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en la 14ª Sesión del Consejo, el 31 de mayo de 2010

2. Origen y construcción del concepto de los derechos culturales

2.1 Origen: el marco internacional de los derechos humanos

Los derechos humanos, marco en el que se sitúan los derechos culturales, son el resultado de la historia y del desarrollo de la civilización. Se suele situar su nacimiento al principio de la Edad Moderna, como fruto de la concepción individualista de la nueva sociedad (de carácter antropocéntrico), en contraposición a la concepción organicista que imperaba hasta entonces. Se empieza a hablar de Estado y ciudadanos, y no de soberano y súbditos. Los derechos humanos, en tanto derechos del individuo, son “indicadores del progreso histórico”¹⁰. Surgen gradualmente, no todos de una vez, y vienen condicionados por las circunstancias.

Podríamos abordar el estudio de los derechos humanos desde lo que en el ámbito de la filosofía del derecho sería una perspectiva racionalista, basada en una ética de la razón, frente a la ética de la autoridad¹¹, que defiende que los derechos naturales son una categoría propia del ser humano e imprescriptible. Así fueron reivindicados en la Declaración Francesa, constituyendo, según señala E.R. Harvey¹², el punto de partida de un proceso universal desarrollado ampliamente en los siglos XVIII y XIX con los procesos revolucionarios de América (1776) y Francia (1789), en los que los derechos humanos estuvieron, en una primera etapa, circunscritos al reconocimiento de los derechos civiles y políticos, en tanto derechos del individuo, ampliándose luego a una esfera cada vez más amplia de libertad individual, de seguridad y de integridad física y espiritual. Dicho proceso culminaría a mediados del siglo XX, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecha por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, donde ya se proclamaba un nuevo grupo de derechos humanos, los derechos económicos sociales y culturales (DESC).

Esta segunda generación de derechos humanos surgió cuando los movimientos de trabajadores y asalariados y campesinos o jornaleros exigen a los poderes públicos no sólo libertad personal en sentido negativo, sino que además les demandaban asistencia a la invalidez, vejez, etc. Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) requieren una intervención directa del Estado, que ha llevado a la creación del Estado Social: frente a la limitación de poder que

¹⁰ BOBBIO, N. “*El tiempo de los Derechos*”. Editorial Sistema, Madrid 1990

¹¹ Distinción que hacía el profesor PECES-BARBA entre los filósofos del Derecho en el prólogo de “*El tiempo de los derechos*”, de BOBBIO.

¹² HARVEY, E.R. “*Derechos culturales*”. Unesco, Argentina, 1995

suponen los derechos de libertades civiles y políticas, estos requieren una “ampliación del poder del Estado” para que pueda cumplir más funciones. Se ha señalado también que estos derechos son de implantación progresiva, son considerados “programáticos”, ya que no se podrán ejercitar sin una acción positiva del Estado¹³.

Sobre la evolución de los derechos humanos Peces-Barba apuntaba la tesis, acogida también por Bobbio, de que fueron en su formulación inicial un instrumento de limitación del poder absoluto ejercido hasta ese momento por los gobernantes, un mecanismo de resistencia a la opresión, sufriendo a continuación tres grandes procesos: positivación, generalización e internacionalización. El reconocimiento va desde el interior de cada Estado, a expandirse entre los distintos Estados, alcanzando una visión cosmopolita hasta llegar al primer anuncio de Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, momento, como ya hemos señalado, especialmente relevante, fruto de una larga conquista, a partir del cual los derechos son a la vez universales y positivos.

En la atribución de derechos sociales hay que tener en cuenta las diferencias específicas, que son relevantes para distinguir a un grupo de otro, lo que llevaría a la multiplicidad y especificidad de derechos: mujer, niño, anciano, discapacitado, enfermo, pero también el consumidor, el usuario, etc.¹⁴ Lo que daría lugar a diversos grupos de derechos específicos por el titular de los mismos, pero también surgen nuevos grupos de derechos especiales por el contenido. Se trata de una 3ª generación de derechos, muy heterogéneos, encabezados por movimientos ecologistas y otros referidos a los efectos de la investigación biológica, que responden a nuevas necesidades, y nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre comienza a suponer una amenaza a la libertad individual.

Otra clasificación célebre entre la doctrina es aquella que distingue entre los derechos de libertad, de igualdad y de solidaridad¹⁵ (como el famoso eslogan que resume la Revolución Francesa). Así, en la carrera de la evolución y desarrollo de los derechos humanos, los primeros en concretarse serían aquellos que garantizan la autonomía del ser humano, exigiendo a los

¹³ HARVEY, E. R. *ibidem*

¹⁴ Proceso de especificación que añadía Bobbio en su obra *“El tiempo de los derechos”* a los tres grandes procesos (positivación, generalización e internacionalización) señalados por Peces-Barba en su tesis sobre la evolución de los derechos humanos.

¹⁵ PRIETO DE PEDRO, J. *“Derechos culturales y desarrollo humano”*. Revista de Cultura OEI Pensar Iberoamérica n°7 septiembre – diciembre 2004

poderes gobernantes el deber de no injerencia en determinadas esferas de la persona. En segundo lugar, lo harían los de igualdad, aquellos que garantizan iguales condiciones a todos los seres humanos para que hagan posible el ejercicio de sus derechos. Estos son los derechos económicos, sociales y culturales, y requieren del Estado una conducta activa, facilitadora. En tercer lugar, llamaríamos derechos de solidaridad a un grupo heterogéneo, entre los que se hallarían los derechos medioambientales, los de los consumidores, el derecho a la paz, y también aquellos que hacen referencia a la identidad cultural.

En realidad, los derechos culturales son derechos complejos que están presentes en todas las generaciones de los derechos fundamentales que se han ido gestando históricamente.

2.2. Concepto: hacia una definición de derechos culturales

Aunque dar una definición de derechos culturales constituye una tarea difícil, sobre todo desde el punto de vista jurídico, no cabe duda de que forman parte de la categoría de derechos “más emblemática respecto a las divisiones ideológicas en materia de derechos humanos cristalizadas después de la II Guerra Mundial”¹⁶. Los derechos culturales se vinculan con la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, y a pesar de gozar cada día de mayor peso en la conciencia general de los derechos humanos, aún no han alcanzado la misma importancia que el resto, ni en los programas políticos ni en los textos legales, (incluso dentro de los DESC, lo que ha motivado entre algunos autores el comentario de que “apenas se mencionan dentro de dicho grupo, reciben un tratamiento escueto y no remiten a contenido alguno”¹⁷).

Por este motivo, se ha dicho de ellos en numerosas ocasiones que son “una categoría descuidada de derechos humanos”, si tomamos la expresión utilizada por el prestigioso autor polaco en materia de derechos humanos, Janusz Symonides¹⁸; “categoría subdesarrollada de los derechos humanos”¹⁹, de acuerdo con el grupo de Friburgo; o la no menos descriptiva expresión acuñada

¹⁶ CHAMPEIL-DESPLATS, V. “*El Derecho a la Cultura como derecho fundamental*”. Revista Electrónica Iberoamericana – vol. 4 nº1, 2010

¹⁷ CARVAJAL, A. “*Los derechos humanos y la cultura*”. Rev. Filosofía Univ. Costa Rica, XXXVI (90), 509-525, 1998

¹⁸ SYMONIDES, J. “Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”, Sala de Prensa, Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos. Nº124 febrero de 2010. Año XI, Vol. 5 <http://www.saladeprensa.org/art952.htm>

¹⁹ MEYER-BISCH, P. *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme, Actes du VIIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg*. Editions Universitaires Fribourg, Suiza, 1993

por el profesor Prieto de Pedro, que los define como “pariente pobre de los derechos humanos”²⁰.

Ha habido con respecto a ellos un panorama de relativo abandono, en virtud de tensiones de índole política, ideológica y económica, a las cuales se suman las complicaciones doctrinales y metodológicas. No existen consensos en su conceptualización, la obligatoriedad de su cumplimiento y sus mecanismos de garantía, haciendo de este un asunto nada pacífico, ya que incluso hasta entre sus defensores hay discrepancias²¹, y hasta la fecha, ningún instrumento legal internacional los ha definido²². Aunque esto no es estrictamente cierto, como veremos más adelante.

Son mencionados en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”, cuyo artículo 27 hace someramente una descripción de cómo debiera entenderse el derecho a la cultura²³. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), también de 1966 en su artículo 27 reconoce los derechos culturales de las minorías²⁴. Y basándose en el artículo 27 de la DUDH, aunque ya se aprecian modificaciones y una sistematización en la redacción, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), los recoge en su artículo 15, donde al mismo tiempo que consigna el derecho de la persona a participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le

²⁰ PRIETO DE PEDRO, J. “*Derechos Culturales, el hijo pródigo de los Derechos Humanos*”, Revista Crítica, nº 952, Marzo 2008. pp. 19 a 23

²¹ “*Derechos Culturales como Derechos Humanos*”, Edit. Ministerio de Cultura, Madrid, 1979. Debate en el que participaron entre otros, B. Ghali, N. Otieno, V. Mshvenieradze, F. Jeanson, Y. Cohen, B. Breitenbach, E. Gellner, R. Thapar, T. Martelanc, A. N'Daw en la sede central de UNESCO en París (1968)

²² DONDERS, Y. “*Cinderela encontra seu príncipe: a especialista independente no campo dos Direitos Culturais*”, Observatorio Itaú Cultural. Nº11. Direitos Culturais: um novo papel. 2011

²³ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, art. 27. 1: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

²⁴ PIDCP, 1966, art. 27: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”

correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora, consagra dos obligaciones fundamentales a cumplir por los Estados Parte, que se traducen en garantizar la libertad para la actividad creadora y la libertad para la investigación científica²⁵.

El PIDESC constituye el marco jurídico internacional más importante para la protección de los derechos humanos básicos. Pero ninguno de los instrumentos legales internacionales mencionados acota una definición, ni establece un catálogo cerrado de los mismos.

Por una parte, son derechos, como ya se ha señalado, pero no unos derechos subjetivos ordinarios. Por el contrario, pertenecen al grupo de derechos fundamentales, situados en el nivel más alto de la jerarquía del ordenamiento jurídico, especialmente protegidos por un sistema de garantías específico, diferente al de los derechos ordinarios, entre las cuales se encuentran la mayoría cualificada para modificarlos o suprimirlos, o la imposibilidad de abolirlos, recursos especiales, prohibición de rebajar su nivel de efectividad (“los derechos fundamentales vencen a las mayorías”, se ha dicho entre la doctrina).

Pero hemos de señalar que ya en la expresión *derechos humanos*, y en lo que se refiere al significado de *derecho*, hay un debate permanente y confuso. Se dice de ellos que pertenecen a la persona por el mismo hecho de serlo (lo que manifiestan sus diversas nomenclaturas: derechos naturales, personales, fundamentales).

Son irrenunciables e irrevocables, no pudiendo ser limitados ni en casos excepcionales ni respecto a categoría alguna. Pero ¿independientemente de su reconocimiento por el derecho positivo?

La tensión del debate aumenta cuando se introduce el encuentro entre juristas de tradición continental y los de tradición anglosajona, “quienes utilizan las mismas palabras para invocar conceptos distintos²⁶”, así los continentales hablan de derecho natural frente a derecho positivo, y los anglosajones hablan *moral rights* versus *legal rights*, categorías que en nuestra tradición jurídica plantean serias objeciones. Estaríamos, en definitiva, ante la distinción del derecho como algo subjetivo (facultad), y el derecho como sistema normativo con fuerza vinculante

²⁵ HARVEY, E.R. “*Los derechos culturales: Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales*”. Documento informativo presentado en la 40ª sesión del Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, celebrado en Ginebra, abril-mayo 2008

²⁶ BOBBIO, N. op. cit. Introducción, p. 19

mayor que la de cualquier sistema moral o social.

Para Bobbio²⁷, “el lenguaje de los derechos tiene una función práctica que es dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañosa si oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido”. El concepto de derechos naturales o morales es, por tanto, “una fórmula del lenguaje persuasivo, con función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la exigencia, pero no tiene valor teórico en una discusión de Teoría del Derecho”.

Llamar derechos a exigencias de derechos futuros significa crear expectativas, que podrían no ser nunca satisfechas. Lo que sí parece claro es que a todo derecho corresponde una obligación; la afirmación de un derecho implica la existencia de un deber.

Entre muchos autores es común la tesis de que para poder hablar de *derechos* en sentido estricto, tendrían que haber sido recogidos en un ordenamiento jurídico positivo. Pero en el actual sistema internacional faltan algunas condiciones necesarias para que pueda producirse la transformación de los derechos en sentido débil (códigos de normas naturales o morales) a derechos en sentido fuerte (los sistemas jurídicos de los Estados)²⁸. “Los derechos cuyo reconocimiento y efectiva protección son reenviados *sine die* y confiados a la voluntad de los sujetos cuya obligación de realizar el “programa” es sólo moral, o como máximo política, (...) ¿pueden todavía llamarse derechos?”, se pregunta el filósofo italiano.

La segunda parte del análisis conceptual tiene que ver con el adjetivo *cultural* que delimita a estos derechos, concepto que conlleva su propia problemática, como veremos a continuación, y que contribuye a la indefinición que se refleja en la redacción de los instrumentos legales internacionales de derechos humanos.

El concepto de cultura ha sido desde su nacimiento objeto de múltiples y variadas revisiones que continúan en la actualidad, debido a que se trata de un concepto que sigue evolucionando. Su relación con el derecho es antigua, pero es recientemente cuando han comenzado a ser

²⁷ BOBBIO, N. *ibidem*

²⁸ BOBBIO, N. *op. cit.* Capítulo VII “Derechos del hombre y sociedad”

observados de manera conjunta. Para ello ha sido necesario que primero la antropología y las ciencias sociales construyeran el concepto de cultura, para más adelante, ser incorporado por las normas jurídicas, siendo de especial relevancia el momento de su inclusión en los textos constitucionales.

El concepto de cultura no es unívoco, ni existe un mínimo consenso interdisciplinar al respecto. Existen tantas aproximaciones a su significado como teorías al respecto. Puede ser definida de manera limitada, como equivalente a productos culturales, tales como la literatura, las artes, o de manera más amplia, como un proceso o modo de vida, que incluye lengua, religión, o costumbres. En ese sentido se pronunciaba también la experta internacional en derechos culturales Yvonne Donders, al apuntar que “la cultura puede hacer referencia a productos o a diferentes estilos de vida; es algo dinámico, no estático; es un proceso y no un producto, (...) tiene una dimensión individual y colectiva al mismo tiempo”²⁹.

La más clásica de las definiciones científicas se la debemos al antropólogo Tylor, quien en 1871 afirmaba que “cultura (...) es ese todo complejo que comprende conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbres y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre en tanto que miembro de una sociedad”³⁰. Esta concepción ha tenido muy importante acogida desde su formulación y ha inspirado muchos de los trabajos que se han venido ocupando del tema, sea desde la perspectiva antropológica, desde la de la filosofía de la cultura, o desde las restantes ciencias llamadas de la cultura, incluido el pensamiento político o la misma teoría jurídica. Para el profesor Vaquer, la acepción de Tylor “es omnicomprendensiva en cuanto a su contenido (...) y universalista en cuanto a su ámbito social de aplicación”³¹.

En el campo del Derecho, encontramos también conceptos amplios, que permiten comenzar a hacer una clasificación de elementos, así, el concepto apuntado por el profesor A. Carvajal³², en una doble vertiente: “las bellas artes, las artesanías, la educación, el patrimonio cultural, la ciencia y la tecnología, los derechos de autor, la libertad cultural y científica, las minorías (religiosas, lingüísticas y étnicas), y los pueblos indígenas; junto con los aspectos más globales,

²⁹ DONDERS Y. “Do cultural diversity and human rights make a good match?”, UNESCO 2010

³⁰ TYLOR, E. B, *Primitive culture*, Londres, John Murray, 1871. Traducción castellana *Cultura primitiva*, Madrid, Ayuso, 1976.

³¹ VAQUER CABALLERÍA, M. “Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española”. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998. p. 28

³² CARVAJAL, A. op. cit.

como la participación en la vida cultural, la diversidad y la identidad cultural”. El autor agrupa en dos categorías todas estos elementos: prestación de servicios, o forma pasiva de asumir la cultura, (propicia una protección en cuanto productos); la creación, como forma activa, que se conecta con los derechos de libertad y propiedad; ambas categorías dan importancia a los derechos individuales de las personas. En tercer lugar quedaría la idea de identidad cultural.

Destacar la idea de cultura como identidad es también el argumento del escritor y pensador palestino-americano Edward Said³³, para quien la cultura tenía dos sentidos diferentes: por un lado, la voz *cultura* englobaría todas aquellas prácticas como las artes de la descripción, la comunicación, la representación, que poseen relativa autonomía dentro de las esferas de lo económico, lo social y lo político que muchas veces existen en forma estética y cuyo principal objetivo es el placer; en una segunda acepción, Said incluía un elemento de refinada elevación, consistente en el archivo de lo mejor que cada sociedad ha conocido y pensado. En ese sentido, para Said la cultura es una fuente de identidad, una fuente beligerante, ya que las afirmaciones de identidad cultural fueron en sus inicios (descolonización de los siglos XVIII y XIX) actos de resistencia ante la dominación política.

En este punto también nos parece importante señalar la distinción entre cultura y culturas, ya que es de gran utilidad para el marco conceptual de los juristas. Como señala Prieto de Pedro en su obra *Cultura, culturas, Constitución*: “El derecho no sólo actúa sobre la cultura, entendida esta como el conjunto acumulativo de bienes y valores del espíritu creados por el hombre a través de su genuina facultad de simbolización, sino también sobre sus concretas manifestaciones socio-históricas. Las culturas, esos *trozos de humanidad*, que dice Levi Strauss, que expresan un modo de ser determinado de una comunidad, un pueblo o de una nación, portadoras de un sistema cohesionado de contenidos y valores culturales, también son objeto de reconocimiento, protección y tutela jurídica”. En esta puntualización, el profesor está admitiendo plenamente la importancia de la perspectiva antropológica en la construcción del concepto cultura.

Por su parte, el concepto de cultura que maneja la UNESCO incluye “el conjunto de rasgos distintivos espirituales, materiales, intelectuales y afectivos de una sociedad o grupo social, que

³³ SAID, E. “*Cultura e imperialismo*”. Anagrama, Barcelona, 1996.

comprende, además de las artes y las letras, los estilos de vida, las formas de convivencia, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias³⁴”. Se parte de un concepto antropológico de la cultura que le dota de su carácter de transmisora de valores y de identidades, y que provee una protección a los productos culturales que de otra forma no tendrían.

El profesor Prieto señala que el elemento común a las distintas nociones de cultura es la afirmación de un vasto campo de contenidos, y de lo que se trata es de dilucidar “qué es y cómo funciona desde el punto de vista global la cultura para el derecho”, lo que él llama la “tematización jurídica de la categoría cultura”³⁵, para descubrir cuál es el significado relevante de cultura para el Derecho.

De lo dicho hasta aquí se desprende la dificultad existente para elaborar una definición de derechos culturales, debido a la amplitud del concepto de cultura, el cual necesita ser depurado y delimitado para ser operativo.

Quizá el único texto internacional que se atreve a dar este primer paso sea la Carta Cultural Iberoamericana, aprobada por mayoría en la XVI Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno iberoamericanos celebrada en Montevideo (Uruguay) en noviembre de 2006, que establece como primer principio el de reconocimiento y protección de los derechos culturales, dando a continuación un concepto de lo que se debe entender a estos efectos por derechos culturales: “...derechos de carácter fundamental según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Su ejercicio se desarrolla en el marco del carácter integral de los derechos humanos, de forma tal, que ese mismo ejercicio permite y facilita, a todos los individuos y grupos, la realización de sus capacidades creativas, así como el acceso, la participación y el disfrute de la cultura. Estos derechos son la base de la plena ciudadanía y hacen de los individuos, en el colectivo social los protagonistas del quehacer en el campo de la cultura.”

El valor de la Carta Cultural Iberoamericana reside no sólo en servir de instrumento de integración regional de la cultura, sino en constituir el primer intento supranacional que apuesta por unificar y compartir unas ideas y valores para construir un espacio cultural común.

³⁴ El concepto aparece así recogido entre otros textos, en: Unesco, Conferencia Mundial sobre las políticas culturales. Informe final, México, 1982; y Unesco, Preámbulo de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, 2001.

³⁵ PRIETO DE PREDRO, J. “*Cultura, culturas y Constitución*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

No en vano, en los textos constitucionales de los países americanos podemos encontrar gran número de alusiones explícitas tanto a los derechos culturales como a diversos aspectos que integran el derecho a la cultura, de manera genérica, siendo de especial relevancia en el proceso de construcción del concepto. Así, el derecho a la cultura, mediante diversas formulaciones normativas, así como el carácter multicultural de esos países, ha sido proclamado explícitamente por las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, reafirmando así, con la máxima jerarquía normativa nacional, la ratificación que 18 países de América Latina han hecho del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De igual modo, la jurisprudencia producida en esta región es especialmente relevante en el proceso de concreción del significado de los derechos culturales. La mayor parte de las sentencias se refieren a conflictos surgidos entre los intereses de diferentes grupos de minorías culturales y el ordenamiento jurídico de cada país. Tomando como ejemplo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 31 de agosto de 2001 en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni³⁶ vs. Nicaragua. La Corte debió tomar en consideración los valores, usos y costumbres de la comunidad indígena en cuestión para la elaboración y emisión de su dictamen. Se refirió al concepto de propiedad en las comunidades indígenas, reconociendo la propiedad comunal, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Además de esta aportación, que evidencia la dimensión colectiva de los derechos culturales, se ponen de manifiesto otros dos rasgos fundamentales de estos derechos: indivisibilidad e interdependencia. En esta ocasión si bien el derecho conculcado es el de propiedad, la Corte tomó también aspectos socio-económicos y culturales.³⁷

Aunque jurídicamente se ha avanzado mucho, sobre todo en los últimos tiempos, en el camino hacia la construcción del concepto de derechos culturales hemos de tener en cuenta la existencia de otras tensiones y conflictos en torno al fundamento, naturaleza, límites, ámbito de aplicación, contenido, clases de los derechos culturales... que dificultan más aún la tarea y que han dado lugar a grandes debates que por su importancia pasamos a analizar en los siguientes epígrafes:

³⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2001. Serie C. No. 79

³⁷ VENTURA ROBLES, M.E. “*Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*”, Revista IIDH. Vol. 40 2004 pp 87-131

debate sobre universalismo cultural, en contraposición al llamado relativismo cultural, y el debate relativo a la titularidad de los derechos culturales, que plantean la posibilidad de que sean estos unos derechos colectivos.

3. Fundamento. El universalismo cultural en contraposición al llamado relativismo cultural. La diversidad cultural

El fundamento de los derechos humanos, y por ende, de los derechos culturales, es una cuestión sobre la que se ha especulado ampliamente a lo largo de la historia desde muy distintos marcos de referencia que abarcan desde las perspectivas basadas en la religión, que aceptan una autoridad moral superior, hasta las que inspiran el iusnaturalismo racionalista, desembocando en soluciones cualitativamente dispares.

Y aunque hay quien señala que por su especial relevancia no necesitan ser fundamentados ni justificados, hay otra corriente que demanda un estudio atento de los mismos para que se dé la posibilidad de su protección³⁸.

Aunque en el presente estudio no tendríamos tiempo ni espacio suficiente para abordar en profundidad este extenso e intrincado debate, que hunde sus raíces en el terreno filosófico, aceptamos como punto de partida la tesis de que los derechos humanos, que reciben distintas denominaciones (derechos naturales, derechos fundamentales, derechos personales...), son un producto de la historia (como ya hemos señalado) y corresponden al nacimiento de la concepción del hombre-ciudadano, superando la posición del hombre-súbdito propia de la concepción orgánica de la sociedad. Son característicos de una sociedad individualista, antropocéntrica, que les proporciona el caldo de cultivo adecuado. Se configuran como aquellos de los cuales se exige que no sean limitados ni en casos excepcionales ni respecto a categoría alguna. Sirven en todas las situaciones y para todos los hombres indistintamente.

Difícilmente podríamos hablar de un fundamento absoluto, este sería diferente dependiendo del derecho que se quiera defender en cada momento. El fundamento absoluto, como señalara Bobbio³⁹, es una ilusión, realmente son muy pocos los derechos fundamentales absolutos, es un problema mal planteado. Además, es el del fundamento absoluto un argumento que se ha utilizado en alguna ocasión para defender posiciones conservadoras. Lo más habitual es que el

³⁸ GAGO GUERRERO, P.F. *“Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional”*, Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2009 p. 125.

³⁹ BOBBIO, N. op. cit.

reconocimiento de un derecho implique la negación de otro, lo que supone que se deban admitir restricciones en su aplicación.

Llegados a este punto, una posibilidad sería encontrar la fundamentación del conjunto de los derechos del hombre en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948. Aunque la propia declaración sólo se refiere a los derechos humanos, pero no manifiesta por qué se tienen, el valor de la misma reside en que a partir de este momento, podemos tener la certeza de que la humanidad comparte ciertos valores comunes. Esta Declaración es la prueba por la que un sistema de valores puede ser humanamente fundado y, por tanto, reconocido.

El universalismo que se desprende de la DUDH es fruto de una larga conquista que nace del iusnaturalismo moderno, del cual fue precursor John Locke y claro exponente Jean-Jacques Rousseau, y alcanzaría el hito de la positivación en las legislaciones de los estados modernos, con las Declaraciones de Derechos de 1776 en América y 1789 en Francia, hasta llegar, en pleno siglo XX, al momento en el que los derechos son a la vez universales y positivos.

Pero en torno a esta tesis hay discrepancias. Además, no podemos dejar de reconocer, como se le ha criticado, que es un instrumento que pertenece a la moral occidental, no está basada en una ética cosmopolita.

Junto al universalismo, otros elementos pueden fundamentar los derechos humanos: el humanitarismo, el progreso y se podría añadir aún el cosmopolitismo⁴⁰. Aunque la realidad nos muestra que no existe acuerdo sobre qué y cómo fundamentarlos.

En una huida hacia delante, el paso siguiente sería el de las garantías de los derechos humanos, haciendo de este no ya un problema meramente filosófico, sino jurídico, y más amplio aún, político: se trata no sólo de justificarlos, sino de protegerlos y garantizarlos, para impedir que, a pesar de ser objeto de declaraciones solemnes, sean continuamente violados. De lo que se trataría ahora sería de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los

⁴⁰ GAGO GUERRERO, P.F. op. cit. p 127. El profesor Gago defiende la tesis de que los derechos humanos suponen un nuevo orden desde el punto de vista antropológico, que rompe con todo lo anterior y da lugar a una nueva historia, que no repetirá los errores del pasado.

derechos proclamados y garantizar un acceso efectivo a su goce y su ejercicio por parte de todos los hombres.

A propósito del universalismo, hemos de tratar ahora el que quizá sea el más importante debate suscitado en torno a los derechos culturales hasta el momento: la cuestión del *universalismo*, y su contraposición a lo que se ha dado en llamar *relativismo cultural*, (o *diferencialismo*). El debate es el reflejo de dos concepciones de la cultura, la universalista que defiende que la cultura es una, común a todos, y la diferencialista, que considera que la cultura es plural, en clara reacción a lo que se considera “elitista, occidental o colonial que defiende la cultura universal”⁴¹.

Los derechos humanos ¿son realmente universales, o varían según las diferentes culturas? En virtud de esta contraposición, los derechos culturales, serían de aplicación universal a todas las personas, independientemente de su lugar de origen, circunstancias personales, pensamiento, ideas, valores, etc.; o bien, prevalecería una aplicación diferente dependiendo de un grupo específico. Aquí es donde entra en juego la diversidad cultural y su protección, como uno de los desafíos de las sociedades modernas en un mundo globalizado donde la preservación de las expresiones culturales y las creaciones artísticas aparecen, cada vez más, como uno de los retos mayores de la política internacional. Los relativistas defienden “el hecho empírico de la existencia de una inmensa diversidad cultural en el mundo, que incluyen diferentes puntos de vista de lo que está bien y lo que está mal”⁴².

Aunque muy frecuentemente estas dos posturas se presentan en oposición, en la práctica podrían no ser totalmente incompatibles, sino todo lo contrario. El éxito estaría en una posición integradora de ambas. La diversidad cultural se presenta como puente entre ambos enfoques. Y la identidad cultural se erige en concepto clave.

Cronológicamente, en el relato de la evolución de los derechos humanos, nos debemos retrotraer al momento en que la cultura pasa a configurarse como fuente de identidad. Los procesos de descolonización fueron impulsados precisamente por la potenciación de las identidades culturales y la búsqueda de un desarrollo que fuera respetuoso con las mismas. Este hecho tiene

⁴¹ CHAMPEIL-DESPLATS, V., op. cit.

⁴² DONDERS, Y. “Do cultural diversity and human rights make a good match?”, UNESCO, 2010.

mucha incidencia en la formación del nuevo concepto de diversidad cultural y un reflejo directo en la formación del Derecho Internacional contemporáneo⁴³.

Una estrategia clave en este tema es la interdisciplinariedad, dar cabida, además de la doctrina jurídica, a otras posturas dentro de la antropología, la sociología, y otros campos adyacentes a la cuestión cultural. No en vano, se han producido desde los orígenes graves confrontaciones entre juristas y antropólogos, por la diferente acepción del término “cultura” que unos y otros manejan.

En ese sentido, son clásicas las acusaciones a los juristas de ser incapaces de apreciar la complejidad y la fluidez de situaciones concretas. Y lo justifican en “razones tanto institucionales como ideológicas por las que los textos legales de derechos humanos tienden a ignorar diferencias culturales locales, a pesar de su compromiso de proteger la diversidad cultural”⁴⁴. Ese compromiso cedería ante la necesidad de aplicar estándares universales, contenidos en las leyes de derechos humanos, antes que apreciar diferencias locales, y ello porque ven la cultura como un obstáculo.

El origen del debate lo deberíamos ver en la concepción de cultura que una vez se utilizó entre los antropólogos, que reflejaba un sistema estático y limitado, frente a visiones contemporáneas que ven la cultura como algo cambiante y permeable, capaz de dar respuesta a procesos históricos.

Ya antropólogos y filósofos habían manifestado su contraposición al universalismo argumentando que es un acto manifiesto de imposición de los valores de unos estados sobre otros, basándose en criterios de superioridad. En este sentido, la Asociación Americana de Antropología (AAA) manifestó en 1947 su oposición a la DUDH porque representaba sólo a la cultura occidental, y trataba de imponer dichos valores sobre las demás culturas.

Y el antropólogo belga Lévi-Strauss manifestaba que uno de los puntos débiles de las “grandes

⁴³ BARREIRO CARRIL, B. *“La diversidad cultural en el Derecho Internacional: La Convención de la UNESCO”*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 98 y 99.

⁴⁴ MERRY, S. E. *“Human Rights Law and the Demonization of Culture (and Anthropology Along the Way)”*.

declaraciones de derechos humanos”⁴⁵ era precisamente el abandono de la diversidad.

Para Bobbio, como hemos visto anteriormente, la cuestión de la universalidad estaba resuelta alegando que la fundamentación de los derechos humanos es el llano reconocimiento de éstos, en clara alusión a la DUDH de 1948. Esta universalidad habría sido reafirmada en varias ocasiones por la ONU: Declaración y el Programa de Viena durante la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1968, Declaración sobre los derechos de las Minorías 1992.

El mismo argumento, con matices, lo encontramos en otros autores (Javier de Lucas, 1994), para quienes los derechos humanos son quizá la única ética universal posible actualmente. Para de Lucas, la universalidad sería más *universabilidad*, como posibilidad de aceptación de estos derechos por todos, tras ser debidamente argumentados. La universalidad, en la medida en que es fruto de negociaciones y consensos, es una construcción, como apuntaba Hugo Achugar⁴⁶.

Entre los juristas, hay quien señala que la disputa tiene dos vertientes diferenciadas, entre las que pivotan los instrumentos jurídicos internacionales⁴⁷:

- ✧ la defensa de la diversidad cultural.
- ✧ la necesidad de la justificación de un código ético mínimo universal.

En 1968 un grupo de expertos en derechos culturales reunidos por la ONU para debatir sobre el tema ya se preguntaba qué lugar ocupaba la diversidad de culturas dentro del concepto *cultura universal*⁴⁸.

Aun reconociendo que las normas legales de derechos humanos tienen un carácter universal y son de aplicación en base a la dignidad humana de las personas, la aplicación e implementación de las mismas no tiene por qué ser uniforme (Yvonne Donders, 2010). El ámbito de aplicación y nivel específico puede variar dependiendo de las circunstancias.

⁴⁵ LÉVI-STRAUSS, C. “*Race et histoire*”, Paris, Denöel, coll. Folio, Essais, 1952, réed. 1987, p.13.

⁴⁶ ACHUGAR, H. “*Derechos culturales: ¿una nueva frontera de las políticas públicas para la cultura?*” Revista de Cultura Pensar Iberoamérica. Núm. 4. Jun-Sept 2003.

⁴⁷ CARVAJAL, A. op. cit.

⁴⁸ “*Derechos Culturales como Derechos Humanos*”, Edit. Ministerio de Cultura, Madrid, 1979. Debate en el que participaron entre otros, B. Ghali, N. Otieno, V. Mshvenieradze, F. Jeanson, Y. Cohen, B. Breytenbach, E. Gellner, R. Thapar, T. Martelanc, A. N'Daw en la sede central de UNESCO en París (1968)

Entre los defensores del relativismo cultural se argumenta que reconocer la diversidad cultural implica que no puede haber un código ético impuesto a todos los pueblos, no se puede defender una imposición de Occidente y sus normas, lo que se pone de manifiesto en las diferencias surgidas en distintos momentos entre países occidentales y asiáticos en torno a los derechos de las mujeres, o la diferente forma de apreciar los derechos civiles y políticos que tiene China con respecto a Occidente, o los conflictos entre prácticas culturales de minorías, como las de los ciudadanos extracomunitarios de origen magrebí, y los ordenamientos jurídicos occidentales. Esta tendencia errada a igualar diversidad cultural con relativismo cultural ha despertado temores con respecto al reconocimiento y la realización de los derechos culturales. La diversidad cultural es inseparable del respeto a la dignidad de la persona y del compromiso con los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Una manera de integrar ambos extremos sería la “universalidad por inclusión de valores”, con base en un mínimo aceptable de los mismos. En este aspecto, la autocritica (y especialmente la de Occidente) es indispensable para integrar valores, a la manera del *cosmopolitismo multicultural* de Lévi-Strauss (por suma, no por eliminación de las diferencias)⁴⁹.

El debate, en sus extremos, desembocaría en dos situaciones nada deseables: bien la no protección de la diversidad cultural, (con la consiguiente “masificación, uniformidad, destrucción de los particularismos”⁵⁰); bien en el relativismo exacerbado o “balcanización” (con el consiguiente abuso de derechos por parte del grupo de que se trate, llegando a la dominación de los pueblos que no pertenecen al grupo y de los disidentes dentro del mismo, o incluso a la segregación y hasta el genocidio).

Desde el final de la descolonización, se empieza a observar más claramente en la sociedad

⁴⁹ DE LUCAS, J. “Derechos Humanos, legislación positiva e interculturalidad” en Revista Documentación Social nº 97, 1994. (Ejemplar dedicado a: Interculturalidad), págs. 73-90. Distinción de conceptos que hace este autor entre *multiculturalidad* e *interculturalidad*. El primero de ellos se presentaría así como un hecho social, la existencia de hecho de las manifestaciones del pluralismo cultural, la presencia en una sociedad de grupos con diferentes códigos culturales, o identidades culturales propias. Mientras que la segunda de ellas se configuraría como una respuesta normativa a la existencia de multiculturalidad (igual que la segregación o la asimilación impuesta). También advierte de no confundir *pluralismo cultural* con *relativismo cultural*, en el sentido de que “el reconocimiento del derecho a la diferencia no significa la equiparación de toda pretensión de diferencia”. En la misma línea se pronunciaba Habermas, cuando recomendaba “reconocer igualdad de derechos a los extranjeros y a los otros, con su idiosincrasia e ininteligibilidad; no proyectar como universal la propia identidad”, recomendando un “aumento incesante de la tolerancia”.

⁵⁰ SEBRELI, J. J. “El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural”, 1ª edición. Editorial Ariel, Barcelona 1992 p.67

internacional una voluntad de respeto a la diversidad cultural y de diálogo entre las distintas formas de expresión de la/s cultura/s. En el debate auspiciado por la ONU (París, 1968) antes mencionado, los expertos ya argumentaban que toda cultura universal es el resultado de la coexistencia de diferentes culturas, entre las que debe haber interacción. Manifestada en las diversas maneras en que se expresan las personas, los grupos y las sociedades, la diversidad cultural se encuentra en el núcleo de los actuales debates sobre la identidad y la cohesión social.

Y también se refleja en la dimensión cultural del resto de derechos humanos. La diversidad cultural sólo puede desarrollarse en un entorno que proteja las libertades fundamentales y los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes.

Siendo la diversidad cultural indispensable para el bienestar y la mejora de calidad de vida de los seres humanos, se deben mantener siempre los límites impuestos por los derechos humanos. No se puede invocar la diversidad cultural como pretexto para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional o limitar su alcance, ni para respaldar la segregación y prácticas tradicionales perjudiciales que, en nombre de la cultura, santifican las diferencias contrarias a los derechos humanos.

La Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (2001), en su artículo 3 afirma que “la diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos, es una de las fuentes del desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria”. Por tanto, la diversidad cultural siempre suma, enriquece.

Y los derechos culturales se configuran “como el gran instrumento jurídico, la nueva gran palanca de que disfrutarían los seres humanos y las comunidades en que desenvuelven su convivencia para ser los protagonistas de este proceso”⁵¹.

A partir de la Convención para la protección y la promoción de la diversidad de expresiones culturales (2005), lo que era un hecho, pasa a ser una aspiración humana jurídicamente

⁵¹ PRIETO DE PEDRO, J. Texto de presentación del trabajo “*La diversidad cultural en el Derecho Internacional: la Convención de la UNESCO*”, de Beatriz Barreiro Carril. Iustel, Madrid, 2011

garantizada. En su Preámbulo, se destaca la estrecha vinculación entre la diversidad cultural y los valores democráticos y los derechos fundamentales “como savia externa que alimenta la realización de estos últimos”⁵².

Promover la diversidad cultural significa, por tanto, la preservación de un proceso vivo, un tesoro renovable, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, que garantice los derechos humanos de todos.

⁵² PRIETO DE PEDRO, J. y MARTINELL SEMPERE, A. “Convención sobre la protección y la promoción de las expresiones culturales”. Documento de trabajo para *La primera reunión de expertos sobre la cooperación internacional*. Unesco. Madrid, 12-17 de julio de 2007.

4. Naturaleza y límites de los derechos culturales

4.1. Naturaleza: doble dimensión de los derechos culturales. Los *derechos colectivos*

Como hemos apuntado anteriormente, los derechos culturales, como los demás derechos fundamentales, son derechos subjetivos, que pertenecen a cada persona individualmente por el mero hecho de serlo. Y así se desprende de diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, que establecen que el ejercicio de estos derechos sólo podría reclamarse individualmente, no de manera colectiva.

Siendo esto así, no cabe negar que los derechos culturales tienen claramente una doble dimensión, como derechos del individuo y como derechos colectivos. Tomemos como ejemplo el derecho de libertad religiosa, o el de libertad de expresión, o el de asociación. Son derechos cuyo disfrute pertenece al individuo en la medida en que forma parte de una comunidad cultural, sin que esto suponga anular el respeto a la autonomía individual, como señala Javier de Lucas⁵³.

Es cierto que la categoría de los derechos culturales ha estado muy vinculada con la necesidad de protección de las minorías culturales, ante los abusos a los que se veían sometidos por los grupos mayoritarios. El respeto a la cultura, la lengua, la religión o las costumbres de estas minorías ha suscitado mucho debate y literatura en el campo de la sociología, la política, la antropología, y cómo no, en el derecho.

Los llamados *derechos colectivos*, categoría especialmente bien construida por autores americanos como Kymlicka⁵⁴, son especialmente relevantes cuando hablamos de pluralismo cultural, hasta el punto de que, con base en la importancia de los derechos de las minorías en el contexto del respeto a los derechos humanos básicos se ha llegado a reivindicar para ellos una teoría separada de los derechos humanos (Kymlicka), por resultar estos incapaces de resolver importantes y controvertidas cuestiones al respecto. “Hasta que eso no ocurra, señala el filósofo político canadiense, no se podrá restaurar la paz o el respeto a los derechos humanos básicos”.

⁵³ DE LUCAS, J. “*Derechos Humanos, legislación positiva e interculturalidad*” en Revista Documentación Social nº 97, 1994. (Ejemplar dedicado a: Interculturalidad), págs. 73-90.

⁵⁴ KYMLICKA, W. “*Ciudadanía Multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*”. Paidós, 1996. Barcelona.

Pero el reconocimiento de los derechos de las minorías conlleva unos riesgos obvios. Sin ir más lejos, los nazis hicieron uso y abuso del lenguaje del derecho de las minorías. También ha sido utilizado por nacionalistas y fundamentalistas intolerantes y beligerantes para justificar la dominación de los pueblos que no pertenecen a su grupo y a los disidentes dentro de su propio grupo. Por este motivo, los Estados han sido desde siempre reacios a reconocer derechos colectivos, por miedo a que los grupos o comunidades pudieran convertirse en una amenaza a la estabilidad social. Los *derechos colectivos* no deben implicar la negación de los derechos culturales individuales.

Estos *derechos colectivos*, sin embargo, sí han gozado de reconocimiento importante en los instrumentos internacionales de protección de los derechos de las minorías culturales y pueblos indígenas. Así la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992) recoge diversos derechos colectivos en sus artículos 1, 2, 3 y 4. Aunque se le objeta que no son reconocidos realmente como derechos colectivos, en el sentido de que no legitima al grupo o comunidad para reclamar dichos derechos, sino que son los beneficiarios de los mismos. Además, se trata de un instrumento no vinculante legalmente. La Declaración para la protección de los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la ONU en 2007, va más allá en la concreción de estos derechos, pero tampoco es legalmente vinculante.

Hoy el concepto de *derechos colectivos*, que se vio como una conquista de las minorías culturales en su momento, aparece más bien como un concepto sobrepasado. Sería más adecuado hablar de intereses culturales individuales y colectivos, sin negarse a reconocer en determinado momento unas garantías y formas de protección especiales de los derechos de determinados grupos.

Pero el progreso de los derechos culturales y su evolución debe basarse en superar esa construcción, que hoy vemos como limitante. Los derechos culturales no se predicen de las minorías culturales solamente. En la medida en que son derechos universales, se deben predicar de todos los individuos. Deben convivir ambas dimensiones, la colectiva y la individual.

Teixeira Coelho lo expresaba así: “Los derechos culturales tienen al individuo por sujeto y al

colectivo por objeto. Entender bien esa ecuación y desarrollar bien sus términos es el desafío de la política cultural del siglo XXI.”⁵⁵

4.1. Límites

Ningún derecho, y tampoco los culturales, se pueden disfrutar sin límites. En este caso, siempre vendrán por la realización del derecho de otro, ya que no se pueden justificar comportamientos ni actitudes que resulten perjudiciales para otra persona, o para la sociedad en general.

Para evitar abusos o recortes de derechos de manera injustificada es aconsejable en este punto tomar las precauciones necesarias. En este sentido, expresiones como *por el interés general* resultan ambiguas, y pueden dar lugar a situaciones injustas. En general, va a depender de las circunstancias de cada caso particular. Lo que parece claro es que ninguna práctica ni derecho cultural puede poner en riesgo ni entrar en conflicto con otros derechos humanos, ni con la dignidad de las personas.

Muchas de las confrontaciones van a venir por el lado de las prácticas que promulgan las distintas religiones con respecto a la legislación general de los distintos estados y aún más, con las diferentes normas internacionales (contenidas en instrumentos legales supranacionales) en las sociedades occidentales multiculturales. Como señala Levy, “adaptar las leyes a las realidades sociales multiculturales es algo que se hace a menudo en beneficio de las mujeres de la minoría cultural”⁵⁶.

De igual modo, las exenciones a la ley, a menudo refrendadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tratan de corregir los efectos negativos que la ley estatal tendría sobre minorías culturales o religiosas⁵⁷. Todas las defensas de exención tienen su justificación en el significado distintivo que la práctica tiene para el grupo no dominante.

Aunque también hay casos en los que las exenciones no pueden estar justificadas, ya que chocan con intereses que tienen más peso que las peticiones de libertad para poder llevar a cabo

⁵⁵ TEIXEIRA COELHO, P. “*Direito cultural no século XXI: expectativa e complexidade*”, Observatorio Itaú Cultural. N°11. Direitos Culturais: um novo papel. 2011.

⁵⁶ LEVY, J. T. “*El multiculturalismo del miedo*”, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2003 p. 79.

⁵⁷ En este sentido, Wisconsin vs. Yoder, 404 US205 (USA 1972), concede a los Amish exención de leyes obligatorias de escolaridad; Minnesota vs. Hershberger suponía una exención en cuanto al régimen de la Seguridad Social al mismo grupo religioso.

prácticas culturales o religiosas determinadas⁵⁸. En nuestro país también hay ejemplos de jurisprudencia que pone límites a ciertas prácticas culturales o religiosas cuando estas entran en conflicto con leyes estatales que no permiten ni justifican tratos degradantes ni lesivos hacia otras personas, por constituir una clara vulneración de los derechos humanos, por ejemplo en el caso de la ablación a niñas de comunidades donde la mutilación sexual de su población femenina es práctica común⁵⁹.

En el tema que nos ocupa, resulta muy ilustrativo el último informe de la Relatora especial de Derechos Culturales de la ONU⁶⁰, Farida Shaheed, que se centra en el disfrute de los derechos culturales por las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres, ante prácticas que se repiten con preocupante frecuencia, y que pasan por justificar y defender mecanismos sociales sesgados en relación con el género, precisamente en nombre de la cultura. Así, muchas prácticas y normas que discriminan a las mujeres se justifican haciendo referencia a la cultura, la religión y la tradición⁶¹. Se produce así la paradoja de que la cultura aparece como límite al disfrute de los derechos culturales de la mujer.

El género, la cultura y los derechos se entrecruzan de forma intrincada y compleja. Pero ello no debe ser motivo para dejar de garantizar que se escuchen todas las voces de una comunidad, incluidas las de aquellos que representan los intereses, deseos y perspectivas de grupos específicos, sin discriminación alguna.

En el informe se hace hincapié en el derecho de las mujeres a tener acceso, participar, contribuir a todos los aspectos de la vida cultural, y se erige en instrumento decisivo para la realización de todos los derechos humanos de la mujer. La solución que se propone pasa por alterar las normas, funciones, conceptos de género, implicando una nueva configuración de la identidad colectiva de la comunidad en conjunto, que garantice la igualdad y la no discriminación, derechos que prevalecerían en este caso⁶². Aunque no podemos dejar de reconocer, como apuntaba Jacob

⁵⁸ Reynolds vs. United States 98US (USA 1978) denegaba a los mormones americanos la petición de exención de las leyes que penalizan la poligamia.

⁵⁹ Sentencia 9/2013 de 4 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

⁶⁰ Informe A/67/287.

⁶¹ Primer informe temático al Consejo de Derechos Humanos de la Relatora Especial (A/HRC/14/36, párr. 30): No todas las prácticas culturales pueden considerarse protegidas por las normas internacionales de derechos humanos, y los derechos culturales pueden estar sujetos a limitaciones en algunas circunstancias.

⁶² Primarían los intereses de la persona frente a la cultura, como decía Carvajal en su ensayo “Los derechos humanos y

Levy recordando a Montesquieu⁶³, “la dificultad para cambiar las costumbres, las convenciones y las maneras de manera radical y repentina” (esto es, por ley) por su alto grado de resistencia al cambio.

Los límites debemos hallarlos en los demás derechos humanos, y en la dignidad de las personas, como señala, entre otros instrumentos de derechos humanos internacionales, la Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005⁶⁴.

Más recientemente (2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general N° 21, ha aludido también a las características que debe reunir la limitación, en caso de que deba existir: deben perseguir un fin legítimo, ser compatibles con la naturaleza de ese derecho y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general de una sociedad democrática. Alude, en fin, este documento a la necesidad de que las limitaciones sean en todo caso proporcionadas⁶⁵.

Otro tipo de situaciones no deberían actuar de límites al ejercicio de los derechos humanos. En la actualidad estamos viviendo una situación global y grave de crisis económica que ha hecho que los Gobiernos apliquen sin excepción duras políticas de austeridad con consecuencias muy

la cultura”

⁶³ LEVY, J.T. op. cit. p. 39

⁶⁴ Art. 2 de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO, 2005: “Solo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación”.

⁶⁵ Observación general n°21 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Noviembre de 2009. Párrafo 19: “En algunas circunstancias puede ser necesario imponer limitaciones al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, especialmente en el caso de prácticas negativas, incluso las atribuidas a la costumbre y la tradición, que atentan contra otros derechos humanos. Esas limitaciones deben perseguir un fin legítimo, ser compatibles con la naturaleza de ese derecho y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general de una sociedad democrática, de conformidad con el artículo 4 del Pacto. En consecuencia, las limitaciones deben ser proporcionadas, lo que significa que se debe adoptar la medida menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones que puedan imponerse”

negativas para el avance e incluso el ejercicio de los DESC, en general, y los derechos culturales en particular. La recesión económica no puede, en ningún caso, dejar en suspenso, ni suponer un retroceso en la aplicación de los Pactos Internacionales en materia de derechos humanos⁶⁶.

⁶⁶ Preocupación puesta de manifiesto en el último Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con motivo del examen del 5º informe periódico de España, presentado en el 48º período de sesiones, en mayo 2012.

5. Contenido y clases

Llegados a este punto, cabría preguntarse ¿cuál es el contenido de dichos derechos? ¿existe una clasificación de los mismos?

Parece claro que en la medida en que evidencian una relación entre cultura y dignidad humana, los derechos culturales participan plenamente de la teoría de los derechos humanos, hecho que ha sido señalado en numerosas ocasiones en los instrumentos legales internacionales de derechos humanos, desde la DUDH.

¿Pero en qué consisten? Los derechos culturales son unos derechos complejos. Ya hemos señalado anteriormente, al tratar de definirlos, que su contenido es muy ambiguo y difícil de concretar por varios motivos, pero uno muy poderoso hace referencia al concepto de cultura. Según lo que consideremos por cultura, así será el contenido de este derecho, o conjunto de derechos.

Históricamente, distintas clasificaciones y listados de derechos culturales han tratado de delimitar el contenido de los mismos, con diferente alcance. Esta labor, que se ha abordado no sólo desde el campo del derecho, sino desde muy distintas disciplinas, responde a una demanda de urgente necesidad, apuntada una y otra vez tanto en foros organizados por UNESCO como en distintos análisis académicos⁶⁷.

En un ensayo sobre el multiculturalismo, Levy⁶⁸ proponía un proceso inductivo que partiendo de casos y argumentos particulares finalizaba en un conato de agrupar los asuntos normativos importantes, que se correspondían con peticiones de derechos realizadas, para acomodar el pluralismo étnico y lingüístico. Es una clasificación que suscitó críticas por no incorporar peticiones de derechos en nombre de las mujeres, los discapacitados, los homosexuales y otros grupos diferenciados. Otros autores como Gurr y Kymlicka han dado alternativas, pero en todos los casos parten de grupos determinados (los quebequenses o las tribus indias).

⁶⁷ ACHUGAR, H. “*Derechos culturales: ¿una nueva frontera de las políticas públicas para la cultura?*”. Revista de Cultura Pensar Iberoamérica. Núm. 4. Jun-Sept 2003.

⁶⁸ LEVY, J. Op cit. p. 140.

El propio Levy ya reconocía la dificultad de la tarea: “No es suficiente con abogar por la importancia de los grupos étnico-culturales y la injusticia u opresión a la que se enfrentan alguno de estos grupos. (...) Sería necesario, además, diferenciar tipos de argumentos para diferentes clases de políticas, (...) ya que ningún argumento único será la solución.” El valor de este trabajo subyace en la intención de facilitar un idioma común para conducir el debate de los derechos culturales.

Achugar señalaba que el origen del problema estaba en la falta de consenso en relación con los derechos culturales, a diferencia de lo que ocurría con el resto de derechos humanos⁶⁹. En el origen está la cuestión de la diferencia cultural, como problema epistemológico previo. Y, sobre todo, el problema que dificulta en gran medida la tarea es la tensión entre universalismo y relativismo cultural.

La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, de 2001, en su artículo 5, se aventura a hacer un listado de prácticas que deben ser consideradas derechos culturales, remitiéndose previamente a los artículos 27 DUDH y 13 y 15 del PIDESC para la definición de los mismos: “(...) Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

La construcción jurídica más seria producida recientemente se la debemos al llamado grupo de Friburgo, que estableció en su Declaración de derechos culturales del año 2007 un listado de derechos culturales clasificados en nueve grupos, cuya base son los diversos instrumentos internacionales que les ofrecen cobertura total o parcial. Así distinguen: a) el derecho de toda persona, sola o en común, a elegir su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión; b) a acceder a los patrimonios culturales que constituyen manifestaciones significativas de las diferentes culturas (y la responsabilidad de las autoridades públicas en

⁶⁹ ACHUGAR, H. op. cit. El mismo autor termina preguntándose si un consenso en términos culturales sería deseable o si por el contrario implicaría ciertas pérdidas que no compensarían los beneficios.

cuanto a su preservación y a su accesibilidad); c) la libertad de elegir la pertenencia o no a una comunidad cultural; d) el derecho de acceder y participar libremente, sin consideraciones de fronteras, en la vida cultural; e) la libertad de expresarse en la lengua o lenguas de su elección, así como de creación e investigación; f) el derecho de autor; g) el derecho a una educación permanente y la libertad de recibir enseñanza en su propia lengua y de crear instituciones al efecto; h) el derecho a la información; i) el derecho a participar, de acuerdo a procedimientos democráticos, en la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas culturales que le conciernan.

Sin negar el valor de la aportación tanto del grupo de Friburgo como del resto de autores que han contribuido al esclarecimiento de la cuestión, podríamos concluir que, aunque la referencia al *derecho a la cultura* no es explícita en la mayoría de las ocasiones, lo que sí se podría afirmar es que une los derechos a la identificación cultural (en el sentido de desarrollo de una identidad cultural) y a la participación en la vida cultural, como dos grandes ejes. Más allá de clasificaciones exhaustivas, tarea ímproba y hasta cierto punto innecesaria, ya que la mayoría de derechos apuntados en los distintos listados están definidos y protegidos por diferentes instrumentos legales, lo que sí parece ineludible en este punto es tratar de dilucidar el contenido del derecho genérico a *participar en la vida cultural*⁷⁰.

Y en esta línea de trabajo se circunscribe la Observación general N° 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a) del PIDESC), aprobada en Ginebra el 19 de noviembre de 2009, dentro del 43 período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y que por su especial relevancia procedemos a analizar.

El instrumento se refiere específicamente al párrafo 1 a) del artículo 15 del PIDESC, en conjunción con los párrafos 2, 3 y 4⁷¹, poniendo especial empeño en la definición de las palabras que conforman el enunciado del derecho. En el mismo podemos constatar que el derecho a

⁷⁰ Art. 15.1.a) PIDESC

⁷¹ PIDESC, art. 15. Párrafo 2: “Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura”. Párrafo 3: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.” Párrafo 4: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

participar en la vida cultural es considerado por el Comité como una libertad, lo cual implica que para su realización, el Estado ha de abstenerse de hacer algo (no injerencia) por una parte, y ha de tomar medidas positivas para facilitar, promover y dar acceso a la vida cultural, por la otra.

En cuanto al análisis de los elementos del párrafo 1a) del artículo 15, a partir de esta Observación, habrá que entender el contenido y alcance de dichos elementos del modo siguiente:

“Toda persona” alude a la posibilidad de que una persona puede ejercer los derechos culturales individualmente, en asociación a otras, o dentro de una comunidad o grupo.

“Vida cultural”. Con esta expresión se hace ya referencia explícita al carácter de la cultura como “un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro”. Es un “proceso interactivo” (...) que tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social”.⁷² Al definir la cultura como un proceso vital (no hay ningún otro artículo del Pacto que emplee la palabra *vida*), el documento abraza el enfoque antropológico.

“Participar o tomar parte”, contempla a su vez tres componentes principales relacionados entre sí: *participación en la vida cultural* (el derecho de toda persona a actuar libremente, a escoger su propia identidad, a identificarse con una o varias comunidades, a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad, a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección; a buscar, desarrollar y compartir sus conocimientos y expresiones culturales, a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas); *acceso a la vida cultural* (derecho a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su

⁷² Observación general nº21 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Título II, apartado A. Añade además, que “el Comité considera que la cultura, a los efectos de aplicación del párrafo 1 a) del artículo 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión o creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales los individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.”

identidad cultural; a conocer formas de expresión y difusión tecnológica de información y difusión, a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra y el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros); y *contribución a la vida cultural* (derecho a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad, a participar en el desarrollo de la comunidad, y en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales).

De este análisis léxico del art. 15.1.a) del PIDESC ya se establece el contenido de los derechos culturales.

El *acceso* está referido a las oportunidades, las opciones, las alternativas. Está relacionado con hacer posible, facilitar; es una condición previa y necesaria para la participación en la vida cultural. La *participación* la podemos ver fuertemente ligada al concepto de ciudadanía cultural, como una manifestación de la dimensión colectiva de los derechos culturales. Aun siendo derechos individuales, el sentimiento de comunidad les confiere un poderoso efecto, en relación con la manera en la que pueden ser ejercitados. El aspecto de la *contribución* pone de manifiesto que el individuo ya no es sólo considerado como consumidor de cultura, es a la vez productor de la misma, en la medida en que se le involucra en los procesos creativos, y como artífice, en cierta medida, de las políticas culturales vigentes en la comunidad.

Además, el documento recoge algunas exigencias para la realización de estos derechos. Así, requiere la existencia de algunos elementos, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, como son: la disponibilidad de bienes y servicios culturales, la accesibilidad, la aceptabilidad, la adaptabilidad y la idoneidad⁷³. Otras cuestiones como la identificación de grupos que tendrían mayores posibilidades de ver reducido el cumplimiento de su derecho a participar en la vida cultural, también son abordadas en este documento, que además recoge toda una serie de indicaciones para los gobiernos y administraciones, que colaborarían a la comprensión e implementación del Pacto en las legislaciones nacionales.

⁷³ Observación general nº21 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Párrafo II, apartado B.

6. Garantías y protección

Continuando nuestra investigación, nos preguntaríamos ahora ¿en qué momento han quedado reconocidos los derechos culturales? ¿Cuál es su ámbito de aplicación efectiva?

Tendremos que esperar al siglo XX para ver cristalizar la relación entre cultura y Derecho en los textos constitucionales. La primera Constitución que incluyó la voz *cultura* fue la de México, en 1917, seguida de la de Weimar, en 1919, que aludía en alguna ocasión al adjetivo cultural, y la española de 1931, que lo hace con un alto valor sistemático y conceptual. Y a partir de ese momento, ninguna constitución dejará de incluir el vocablo “cultura”. Son precisamente estos textos los primeros que, en un movimiento generalizado hacia la proclamación de una segunda generación de derechos humanos, consagrarían los derechos económicos, sociales y culturales, como una categoría de derechos inherentes a la persona humana separada de los derechos civiles y políticos.

Otros textos de derecho internacional se sumaron a esta corriente hacia finales de la Primera Guerra Mundial: la Carta de la Organización Internacional del Trabajo, parte integrante del Tratado de Paz de Versalles (1919), y el Convenio constitutivo de la Liga de Naciones.

El derecho de toda persona a participar en la vida cultural está reconocido en el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. Y el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 15.1. a) establece que: “Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.”

Otros instrumentos internacionales se refieren al derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales⁷⁴; al derecho a participar en todos los aspectos de la vida cultural⁷⁵; al derecho a participar plenamente en la vida cultural y artística⁷⁶; al derecho de acceso a la vida cultural y participación en ella⁷⁷; y al derecho a participar, en igualdad de

⁷⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5, apartado e) vi).

⁷⁵ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 13, apartado c).

⁷⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 31, párr. 2.

⁷⁷ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus

condiciones que las demás, en la vida cultural⁷⁸. Contienen también importantes disposiciones a este respecto instrumentos relativos a los derechos civiles y políticos⁷⁹; a los derechos de las personas pertenecientes a minorías a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público⁸⁰, y a participar efectivamente en la vida cultural⁸¹; a los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus instituciones culturales, tierras ancestrales, recursos naturales y conocimientos tradicionales⁸², y al derecho al desarrollo⁸³. La indefinición del concepto cultura / cultural se refleja en la redacción de todos ellos.

En el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) es el primer instrumento que presenta un catálogo de derechos culturales.⁸⁴ En el artículo 14 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en la Esfera de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), se agrega a esta lista formulada en el artículo 15, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la obligación de los Estados de “respetar la libertad indispensable para la investigación científica y la actividad creadora”.

En la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) se formulan tanto el derecho de toda persona a participar libremente en la vida cultural de su comunidad⁸⁵ como el derecho de las personas a “preservar y fortalecer los valores culturales africanos positivos en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, con espíritu de tolerancia, diálogo y consulta y, de

familiares, art. 43, párr. 1 g).

⁷⁸ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 30, párr. 1.

⁷⁹ En particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 17, 18, 19, 21 y 22.

⁸⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 27.

⁸¹ Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, art. 2, párrs. 1 y 2. Véase, asimismo, la Convención marco para la protección de las minorías nacionales (Consejo de Europa, N° 157), art. 15.

⁸² Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en particular los artículos 5, 8, 10 a 13 y ss. Véase, asimismo, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en particular los artículos 2, 5, 7, 8, 13 a 15 y ss.

⁸³ Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo (resolución 41/128 de la Asamblea General, art. 1. En el párrafo 9 de su Observación general N° 4, el Comité ha reconocido que los derechos no pueden considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables.

⁸⁴ En su art. 13 dispone que: “Toda persona tiene el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.”

⁸⁵ Art. 17 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

un modo general, a contribuir al fomento del bienestar moral de la sociedad”⁸⁶. En la Carta se mencionan asimismo los derechos de todos los pueblos “a su desarrollo cultural con el debido respeto a su libertad e identidad disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad”⁸⁷.

Entre los instrumentos aprobados por el Consejo de Europa en que se contienen derechos culturales, o referencias a ellos, cabe mencionar la Carta Social Europea de 1961, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural (1985), la Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico (1992), la Carta Europea del Deporte (1992), la Carta Europea sobre las Lenguas Regionales o Minoritarias (1992) y la Convención-marco para la protección de las minorías nacionales (1994)⁸⁸.

Por su especial relevancia en el ámbito de los derechos culturales, hemos de mencionar el excepcional papel de la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) quien desde su nacimiento ha desarrollado una intensa labor reguladora para dar nuevo impulso a la difusión de la cultura, mantener, aumentar y difundir el conocimiento, garantizar el respeto de la diversidad de las expresiones culturales, cometidos asignados por sus documentos constitutivos. Para ello, promueve multitud de encuentros de cooperación intelectual, convenciones, recomendaciones y declaraciones en las que se materializa el espíritu en el que trabaja el organismo.

La primera convención para la protección de los derechos culturales fue preparada por la UNESCO bajo la influencia de la DUDH. A fin de garantizar el derecho de los autores a la protección de sus intereses morales y materiales, aprobó en 1952 la Convención universal sobre derecho de autor, revisada en 1971.

Entre otras convenciones importantes, cabe mencionar, siguiendo a Symonides, la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de 1972, por ser una contribución original al desarrollo de derechos culturales, y que fue seguido de una serie de instrumentos

⁸⁶ Art. 29.7. de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

⁸⁷ Art. 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

⁸⁸ SYMONIDES, J. “*Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos*” Sala de Prensa, Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos. N°124 febrero de 2010. Año XI, Vol. 5
<http://www.saladeprensa.org/art952.htm>

normativos sobre el tema⁸⁹.

Por su parte, la Declaración sobre diversidad cultural de 2001 fue “el acta de nacimiento del concepto de diversidad cultural”⁹⁰, concreción que se fortaleció con la Convención para la promoción y protección de la diversidad de las expresiones culturales de 2005 (CDC), un texto llamado a disfrutar de un alto significado histórico y político, además de ser “un importante jalón jurídico para el *gobierno* de la vida cultural y para el status jurídico político de la cultura en el mundo, por cuanto posee la virtud de consagrar, por primera vez en un Tratado Internacional, la salvaguarda de la diversidad cultural como un gran principio jurídico”⁹¹.

Además de los instrumentos positivos de Derecho Internacional, esta segunda generación de derechos humanos ha sido incluida, como hemos señalado, en el articulado de las Constituciones políticas más recientes: Brasil (1988), Colombia (1991), Argentina (1853, última reforma en 1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009), y también la Constitución de Portugal (1976), por señalar algunas.

En cuanto a su ámbito de aplicación efectiva, es difícil delimitar el mismo, ya que muchas veces la regulación se ciñe a instrumentos internacionales y normas constitucionales, que deben ser luego concretadas.

Esta concreción está encontrando su cauce también a partir de resoluciones judiciales, que incorporan el contenido de las normas internacionales a los ordenamientos jurídicos internos, vía interpretación jurisprudencial. Sirva como ejemplo el caso de la Corte Constitucional colombiana, que ha creado y desarrollado, a partir de casos concretos, una serie de nociones de interpretación de la diversidad cultural que ha determinado las dinámicas sociales y la auto-comprensión de los grupos que se consideran como diversos.⁹²

⁸⁹ Convenciones y Recomendaciones de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural, UNESCO, París, 1983.

⁹⁰ MUSITELLI, J. “*La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique*”, *Revue International et Stratégique*, núm. 62, verano de 2006, p 3.

⁹¹ PRIETO DE PEDRO, J. y MARTINELL SEMPERE, A. “Convención sobre la protección y la promoción de las expresiones culturales”. Documento de trabajo para *La primera reunión de expertos sobre la cooperación internacional*. Unesco. Madrid, 12-17 de julio de 2007.

⁹² VERA LUGO, J.P. “*La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural*”. Artículo de reflexión aparecido en *universitas humanística* no.62 julio-diciembre de 2006 pp: 205-238 Bogotá - Colombia issn 0120-4807. En él hace referencia, entre otras, a dos sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, T-380/93 y T-254/94, con el fin de explorar cuál es el fundamento del valor comunitario en el contexto del derecho a la diversidad étnica y

Sin embargo, su realización, a diferencia de los derechos civiles y políticos, no es inmediata, sino que al ser derechos considerados programáticos, y de implantación progresiva, cada Estado se compromete a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de recursos de que disponga para lograr la plena efectividad de estos derechos⁹³. Se requiere, por tanto, una intervención activa por parte del Estado para poder realizarse, expresada en el artículo 15 del PIDESC, en su párrafo 2, como una obligación específica (para los Estados parte) de adoptar las medidas “necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura”.

Reconociendo que los Estados deben crear las condiciones y proveer las garantías para la aplicación de los derechos culturales, los instrumentos de la UNESCO también hacen hincapié en que esta responsabilidad debe ser compartida con otros agentes sociales: gobiernos, autoridades, organizaciones, asociaciones e instituciones responsables de la actividad cultural, de acuerdo con la enumeración contenida en la Declaración sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional.

Por su lado, los actores públicos tienen la responsabilidad de integrar los derechos culturales en sus legislaciones, asegurar su respeto y salvaguardia, y las organizaciones internacionales, en el marco de su competencia, deben asegurar la conciencia de los derechos culturales y su inserción en otros instrumentos y controlar su desarrollo.

De acuerdo con la Declaración de Friburgo, la implementación de los derechos culturales depende, además, de toda persona y toda colectividad, haciendo referencia a la doble naturaleza de estos derechos, individual y colectiva. Todos los actores del sector público, privado y civil tienen la responsabilidad de interactuar y tomar iniciativas para poner en práctica estos derechos, asegurar su ejercicio y respeto.

El papel de la sociedad civil está incrementando su importancia a pasos agigantados en los últimos tiempos, siendo especialmente destacable el papel del ciudadano, individualmente o en grupo, en la denuncia de injusticias, puesta en marcha de iniciativas, y consecución de logros,

cultural. De este modo surge uno de los razonamientos jurídicos más importantes que la Corte Constitucional ha producido en el contexto de la diversidad cultural: la elevación de la comunidad indígena al plano de sujeto de derechos como sujeto colectivo.

⁹³ PIDESC art. 2.

que en otros tiempos estaban acotados a los gobernantes. Garantizar los derechos culturales, y en particular el derecho a participar en la vida cultural, es realmente trabajo de base de muchos actores, como señala Annamarie Laaksonen.⁹⁴

En el apartado de las garantías, un paso decisivo lo ha supuesto la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008 del Protocolo Facultativo del PIDESC, que entró en vigor el pasado 5 de mayo. A partir de este momento los derechos culturales son justiciables, ya que este instrumento provee un procedimiento de comunicación de quejas individuales y colectivas por violaciones de cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC ante el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas. Su protección se equipara a la de los derechos recogidos en el PIDCP.

El Protocolo también incluye un mecanismo de investigación. Los Estados firmantes pueden permitir al Comité investigar, reportar y hacer recomendaciones acerca de "violaciones graves o sistemáticas" al PIDESC.

Se cierra así una brecha histórica en la protección de estos derechos, difícil de comprender dada la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos de la persona, cualidades recogidas de manera recurrente en numerosos instrumentos normativos internacionales.

⁹⁴ LAAKSONEN, A. op. cit.

7. Perspectiva y desafíos de los derechos culturales en la actualidad

Frente a la situación anterior, parece que nos encontramos hoy en un momento crucial para el futuro de los derechos culturales. Un importante antecedente lo constituyó el trabajo realizado por el grupo de Friburgo, grupo de expertos en derechos culturales, quienes después de más de diez años de trabajo amparados por la UNESCO y apoyados por una plataforma de Organizaciones No Gubernamentales, publicaron en 2007 la llamada Declaración de Friburgo, instrumento clave para garantizar la visibilidad y coherencia, y para favorecer la eficacia de los derechos culturales, ya que reúne y hace explícitos estos derechos que ya están incorporados de forma dispersa en numerosos instrumentos internacionales, contribuyendo al necesario esclarecimiento sobre su naturaleza y demostrando la importancia no sólo de los propios derechos culturales, sino también la de la dimensión cultural de los demás derechos humanos.

La Declaración de Friburgo es un instrumento de gran utilidad para la identificación y delimitación de los derechos culturales, además de hacer una importante referencia al rol que tienen en los diversos ámbitos como la prevención de guerras, violencia y terrorismo, así como en la educación, la diversidad y la identidad cultural.

Nacido en el seno de la sociedad civil, este documento, que se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y tiene su antecedente más inmediato en la Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, establece en su artículo 1: “Los derechos enunciados en la presente Declaración son esenciales para la dignidad humana; por ello forman parte integrante de los derechos humanos y deben interpretarse según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia.”

De forma que se establece (una vez más) que los derechos culturales son parte de los derechos humanos. Y tanto es así, que no sólo son inseparables de la concepción de otros derechos de la persona, sino que comportan una perspectiva mucho más amplia que no queda restringida a éstos de manera aislada, sino que comporta casi un cambio de contexto en la lectura de los derechos de la persona, tanto a título individual como de conjunto.

Y desde 2009, a 60 años de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

y a 40 años de ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estamos asistiendo a diferentes procesos en distintas instancias internacionales que suponen grandes progresos en la clarificación de los derechos culturales y su contenido:

El primero de ellos es la aprobación, el 19 de noviembre de 2009 en Ginebra, de la Observación General número 21, referente al Art. 15.1a. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que habla del “derecho de toda persona a participar en la vida cultural”, analizado en el epígrafe 5.

Este documento pretende “aterrizar” el significado del referido artículo dotando, además, a los gobiernos y administraciones de indicaciones sobre el contenido del derecho a participar en la vida cultural, con el objetivo de la comprensión e implementación del Pacto en las legislaciones nacionales. Pese a no ser jurídicamente vinculante, esta herramienta ha tenido en otros casos (como el del derecho humano al agua) un peso significativo en la clarificación internacional del contenido de ciertos derechos de más difícil comprensión. La existencia de esta Observación, redactada en consulta con diferentes expertos independientes, además de los propios miembros del Comité DESC, podrá quizá generar procesos de concreción interesantes en materia de derechos culturales.

El segundo proceso lo constituye el nombramiento de Farida Shaheed como Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el ámbito de los derechos culturales. La creación de este Mandato nos señala, por tanto, el interés que la cuestión de los derechos culturales está despertando en los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas. Podemos señalar la importancia de que dicho mandato solicite “*examinar los medios de superar los obstáculos actuales a la promoción y protección de los derechos culturales*”, siendo ya significativo que el propio mandato hable de *obstáculos* a los derechos culturales.

Es fácil por tanto identificar los nexos que puede haber entre ambos procesos. Es preciso que ambos sean mutuamente provechosos y que colaboren en la identificación de los retos a nivel internacional para una efectiva implementación de legislaciones que respeten los derechos culturales y políticas públicas que promuevan su realización.

La experta independiente (Farida Shaheed) hizo su primera presentación ante el Consejo de

Derechos Humanos en la 14ª Sesión del Consejo, el 31 de mayo de 2010. En este informe analiza la relación entre los derechos humanos y la diversidad cultural, asunto también abordado en la Declaración que diferentes expertos de Naciones Unidas realizaron con motivo del Día Mundial de la Diversidad Cultural (21 mayo 2010), realzando que los derechos humanos son herramientas para la promoción de la diversidad cultural, y señalando la unión entre diversidad cultural y dignidad humana. Asimismo, presenta a la comunidad internacional diversos puntos que abordará durante su Mandato de 3 años, solicitando apoyo y colaboración por parte de otras organizaciones, como UNESCO, y organizaciones de la sociedad civil.

Y finalmente, tenemos que celebrar como un hito histórico la entrada en vigor recientemente (5 de mayo de 2013, con la ratificación de Uruguay el 5 de febrero de 2013) del Protocolo Facultativo del PIDESC, un avance muy valorado en sede de Derecho Internacional, ya que supone que por primera vez estos derechos, (los DESC en general) serán justiciables, al permitir y regular un procedimiento de comunicación de quejas individuales o colectivas por violaciones de cualquier de los derechos contenidos en el PIDESC ante el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, siempre que esta petición no se vea resuelta en el ámbito nacional. Hasta este momento, y a diferencia de los derechos civiles y políticos, su justiciabilidad se reducía a un ofrecimiento de recursos judiciales de acuerdo con el sistema jurídico nacional de cada Estado, siendo estos tribunales los responsables de vigilar su cumplimiento.

Así pues, frente a la anterior situación de falta de clarificación de los derechos culturales, estas últimas iniciativas nos hacen pensar que quizá en unos años contemos con un escenario totalmente diferente en cuanto al contenido, alcance e implementación efectiva de los derechos culturales.

Entre los expertos en la materia, como el profesor Prieto de Pedro, es patente el optimismo: “Es el momento de los derechos culturales”. Cada momento histórico ha propiciado el progreso de un grupo de derechos y parece que estamos viviendo ahora el momento de la cultura, la cual, dado su carácter transversal, impregna al resto de derechos de fundamentales y se configura como la “base indispensable para el desarrollo integral del ser humano y para la superación de la

pobreza y la desigualdad”⁹⁵. Y todo ello, sin olvidar su vertiente económica, ya que se ha visto también la cultura como elemento crucial para la reactivación de la economía, en este delicado momento de crisis mundial.

En concreto, los temas en los que está puesto el foco son la preservación de la diversidad cultural y la protección de los derechos culturales, que constituyen “útiles herramientas para el desarrollo, la paz, la erradicación de la pobreza, la construcción de la cohesión social, el respeto mutuo y la convivencia pacífica entre individuos y grupos, en toda su diversidad”⁹⁶.

Este nuevo enfoque comporta un replanteamiento profundo de la manera en la que tanto los derechos culturales como los restantes derechos de la persona han venido siendo considerados hasta ahora, estableciendo unas conexiones entre sí muy superiores a las que tenían hasta este momento.

Podríamos afirmar que se abren así unas expectativas desconocidas hasta este momento que hace de los derechos culturales la verdadera piedra angular de los derechos humanos lo que va a permitir transformar, por fin, los derechos del hombre en un sistema objetivo, formulado como un catálogo de derechos específicos sancionados de forma adecuada en las legislaciones, con una asignación de recursos para una financiación pública apropiada, y con una políticas culturales nacionales efectivas, lo cual contribuiría a una mejor protección y defensa jurídica contra las eventuales violaciones a los derechos culturales en el mundo.

⁹⁵ Carta Cultural Iberoamericana.

⁹⁶ 1^{er} Informe Relatora Especial de Naciones Unidas en la esfera de Derechos Culturales, Farida Shaheed, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en la 14^a Sesión del Consejo, el 31 de mayo de 2010.

8. Conclusiones

Primera. La importancia creciente de la cultura y lo cultural en las sociedades contemporáneas es un hecho. La consideración de la cultura como fuente de identidad le otorga una función en la sociedad, que en los últimos años se vincula directamente al desarrollo humano. Ello ha provocado el interés de multitud de disciplinas, no sólo las ciencias sociales que tradicionalmente la tenían como objeto de estudio, sino de otras que estaban más alejadas, como la politología o la economía. Su relación con el derecho es antigua, pero es recientemente cuando han comenzado a ser observados de manera conjunta.

Segunda. El reconocimiento de los derechos culturales es fruto de un proceso que se inició en los siglos XVIII y XIX, y que culminó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Además de otros instrumentos positivos de derecho internacional, esta segunda generación de derechos humanos ha sido incluida en el articulado de las constituciones políticas más recientes así como en el derecho interno de los Estados, integrando el derecho positivo vigente en muchos países del mundo. Hoy la elaboración y recepción de la categoría de los derechos culturales y su protección en las sociedades jurídicamente más avanzadas constituye una cuestión de primer orden para alcanzar los objetivos a los que aspira la nueva sociedad.

Tercera. Los derechos culturales tienen una naturaleza ambigua que les ha hecho acreedores en más de una ocasión del apelativo “derechos humanos de segunda categoría”, por no estar bien identificados ni desarrollados. Esta indefinición, que se refleja en la redacción de los instrumentos legales internacionales de derechos humanos, tiene mucho que ver con el adjetivo *cultural*, que le delimita. El concepto *cultura* ha sido desde sus orígenes objeto de múltiples interpretaciones, y variadas revisiones, ya que está en constante evolución.

Por la complejidad que comportan los derechos culturales, la elaboración de estos derechos debe ir precedida por una reflexión profunda y compartida no sólo por juristas, sino todos por los profesionales de disciplinas conexas. Especialmente digna de mención es la aportación de la concepción antropológica de la cultura a la construcción jurídica de los derechos culturales, que dota a la cultura del carácter transmisor de principios y valores. Esta concepto amplio de cultura implica que proteger correctamente los derechos culturales de los individuos y de los pueblos

debe implicar el respeto a sus modos de vida, de sus valores, saberes y modos de hacer.

Cuarta. En torno a los derechos culturales, uno de los más importantes debates suscitados hasta el momento es el que trata la cuestión del *universalismo*, y su contraposición a lo que se ha dado en llamar *relativismo cultural*. El debate es el reflejo de dos concepciones de la cultura, la universalista que defiende que la cultura es una, común a todos, y la relativista, que considera que la cultura es plural, en clara reacción a lo que se considera elitista, occidental o colonial. Aunque muy frecuentemente estas dos posturas se presentan en oposición, en la práctica podrían no ser del todo incompatibles. El éxito radica en integrar ambas. La diversidad cultural y su protección, como uno de los desafíos de las sociedades modernas en un mundo globalizado, se presenta como puente, y la identidad cultural en concepto clave.

Quinta. Desde el final de la descolonización, se empieza a observar más claramente en la sociedad internacional una voluntad de respeto a la diversidad cultural y de diálogo entre las distintas formas de expresión de la/s cultura/s. La diversidad cultural es indispensable para el bienestar y la mejora de calidad de vida de los seres humanos, es una de las fuentes de desarrollo, entendido este “no sólo como crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria”, como señala el artículo 3 de la CDC, que en su Preámbulo destaca además la estrecha vinculación entre la diversidad cultural y los valores democráticos y los derechos fundamentales. El principio de protección de la diversidad cultural es un instrumento necesario para consolidar los derechos culturales. De todo lo anterior, podemos colegir que la diversidad cultural debe ser disfrutada, aceptada, adoptada y difundida en forma permanente para enriquecer nuestras sociedades.

Sexta. Los derechos culturales, como los demás derechos fundamentales, son derechos subjetivos, que pertenecen a cada persona individualmente por el mero hecho de serlo y así se desprende de diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos. Siendo esto así, no cabe negar que tienen una clara doble dimensión, como derechos del individuo y como derechos colectivos. Esta última categoría es especialmente relevante cuando hablamos de pluralismo cultural, con base en la protección de las minorías culturales que veían amenazados sus intereses en beneficio de la mayoría dominante. En la actualidad el concepto de *derechos colectivos* debe dejarse atrás. Los derechos culturales son universales, y deben predicarse no sólo de un grupo específico, sino de todos los individuos.

Ambas dimensiones deben convivir. Los derechos culturales son derechos individuales con una naturaleza colectiva, caso que se pone de manifiesto especialmente en el derecho de participación en la vida cultural. El ejercicio de la cultura se entiende cada vez más como una dimensión más de la ciudadanía, y como tal es un elemento básico para la cohesión social y genera al mismo tiempo confianza y autoestima no sólo en los individuos, sino también a las comunidades a las que pertenecen.

Séptima. En el proceso de construcción y concreción del contenido de los derechos culturales resulta especialmente reseñable el trabajo realizado por el llamado Grupo de Friburgo, quien partiendo de los distintos instrumentos normativos que de manera dispersa contienen estos derechos, elaboraron un listado basado en nueve grupos de derechos. Esta encomiable tarea de sistematización y clasificación tuvo su reflejo en la Declaración de Derechos Culturales, lanzada en 2007, después de más de 10 años de trabajo.

Aun así, todavía la referencia al “derecho a la cultura” permanece sin resolver, no es explícita en la mayoría de las ocasiones. Pero lo que sí parece claro es que une los derechos a la identificación cultural (desarrollo de una identidad cultural) y derecho a la participación en la vida cultural, como dos grandes ejes. Todos los esfuerzos se han de poner ahora ineludiblemente en la tarea de dilucidar el contenido del derecho a participar en la vida cultural, y el acceso a la cultura, como “espinas dorsales de los derechos humanos relacionados con la cultura”.

Y en esa línea de trabajo se circunscribe la Observación general Nº 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15.1 a del PIDESC), aprobada en Ginebra el 19 de noviembre de 2009, dentro del 43 período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

Octava. En el camino de la consolidación de los derechos culturales juegan un papel decisivo las organizaciones internacionales, y muy especialmente la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) quien desde su nacimiento ha desarrollado una intensa labor reguladora para dar nuevo impulso a la difusión de la cultura, mantener, aumentar y difundir el conocimiento, garantizar el respeto de la diversidad de las expresiones culturales, cometidos asignados por sus documentos constitutivos.

Además de los instrumentos positivos de Derecho Internacional, esta segunda generación de derechos humanos ha sido incluida en el articulado de las Constituciones políticas más recientes. Esta concreción está encontrando su cauce también a partir de resoluciones judiciales, que incorporan el contenido de las normas internacionales a los ordenamientos jurídicos internos, vía interpretación jurisprudencial.

Reconociendo que los Estados deben crear las condiciones y proveer las garantías para la aplicación de los derechos culturales, los instrumentos de la UNESCO también hacen hincapié en que esta responsabilidad debe ser compartida con otros agentes sociales: gobiernos, autoridades, organizaciones, asociaciones e instituciones responsables de la actividad cultural. El papel de la sociedad civil está incrementando su importancia a pasos agigantados en los últimos tiempos, siendo especialmente destacable el papel del ciudadano, individualmente o en grupo. Garantizar los derechos culturales, y en particular el derecho a participar en la vida cultural, es realmente trabajo de base de muchos actores.

Novena. Recientemente en el seno de las Naciones Unidas se han producido tres acontecimientos que suponen un cambio significativo en la concreción del contenido de los derechos culturales: el primero de ellos sería la aprobación de la Observación General nº 21 sobre el derecho a participar en la vida cultural, en Ginebra el 19 de noviembre de 2009; el segundo sería la creación ese mismo año del Mandato para la figura de Relator Especial en el ámbito de los derechos culturales. Y el tercero, calificado de gran avance por los internacionalistas, es la aprobación del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento por el cual estos derechos ya son justiciables, ya que facultan a cualquiera a denunciar una violación de sus derechos culturales ante el Comité Económico y Social de Naciones Unidas.

Frente a la anterior situación de relativo abandono y de falta de clarificación de los derechos culturales, en la actualidad podemos afirmar que estamos ante un escenario totalmente diferente en cuanto al contenido, alcance e implementación efectiva de los mismos. Nos encontramos ante un momento crucial para el futuro de estos derechos, que, haciendo gala de una conexión sin precedentes con el resto de derechos fundamentales, se configuran ahora como útiles herramientas para el desarrollo, la paz, la erradicación de la pobreza, la construcción de la

cohesión social, el respeto mutuo y la convivencia pacífica entre individuos y grupos, en toda su diversidad.

Este nuevo enfoque comporta un replanteamiento profundo de la manera en la que tanto los derechos culturales como los restantes derechos de la persona han venido siendo considerados hasta ahora, estableciendo unas conexiones entre sí muy superiores a las que tenían hasta este momento.

Podríamos afirmar que se abren así unas expectativas desconocidas hasta este momento que hace de los derechos culturales la verdadera piedra angular de los derechos humanos lo que va a permitir transformar, por fin, los derechos del hombre en un sistema objetivo, formulado como un catálogo de derechos específicos sancionados de forma adecuada en las legislaciones, con una asignación de recursos para una financiación pública apropiada, y con una políticas culturales nacionales efectivas, lo cual contribuiría a una mejor protección y defensa jurídica contra las eventuales violaciones a los derechos culturales en el mundo.

9. Bibliografía

ACHUGAR, H. “Derechos culturales: ¿una nueva frontera de las políticas públicas para la cultura? *Revista de Cultura Pensar Iberoamérica*. Núm. 4. Jun-Sept 2003

ARROYO YANES, L.M. “Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación”. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. Nº 2, 2006 , pp. 262-283

ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación*. Ariel, Barcelona, 2006

BARREIRO CARRIL, B. *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: La Convención de la UNESCO*”, Iustel, Madrid, 2011

– “The right of access to culture: An effective human right for the establishment of consistent cultural policies in Europe in the context of the economic crisis?” *Revista Española de Relaciones Internacionales*; No 5 (2013)

BELTRÁN, M. “Cinco vías de acceso a la realidad social” *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 29, 1985, págs. 7-42

BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema, Madrid, 1990

CARVAJAL, A. “Los derechos humanos y la cultura”. *Rev. Filosofía Univ. Costa Rica*, XXXVI (90), 509-525, 1998

CHAMPEIL-DESPLATS, V. “El derecho a la cultura como derecho fundamental (The right to the culture as fundamental rights)”. *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol 4 nº1 2010

DE LUCAS, J. “Derechos Humanos, legislación positiva e interculturalidad” en *Revista Documentación Social* nº 97, 1994. (Ejemplar dedicado a: Interculturalidad) , págs. 73-90

DENZIN, N. K. LINCOLN, Y.S (eds.) *Handbook of Qualitative research*. Sage Pub. London (2000, 2ª ed.)

DONDERS, Y. “Do cultural diversity and human rights make a good match?”, UNESCO 2010
–“Cinderela encontra seu príncipe: a especialista independente no campo dos Direitos Culturais”,
Observatorio Itaú Cultural. N°11. Direitos Culturais: um novo papel. 2011

FERNÁNDEZ DE LIESA, C.R. Y OLIVA MARTÍNEZ, D. “La cultura en el Derecho Internacional contemporáneo”. *Patrimonio cultural y derecho*, N° 14, 2010, páginas 11-46

GAGO GUERRERO, P.F. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional*, Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2009

GARCÍA FERRANDO, M., IBÁÑEZ J., ALVIRA, F. *El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación* (3ª edición). Alianza Editorial, Madrid, 2010. (1ª edición 1986)

HARVEY, E.R. *Derechos culturales*. Unesco, Argentina, 1995

– “Los derechos culturales: Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales”. Documento informativo presentado en la 40ª sesión del Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, celebrado en Ginebra, abril-mayo 2008

KYMLICKA, W. *Ciudadanía Multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Paidós, 1996. Barcelona

LAAKSONEN, A. “O direito de ter acesso à cultura e dela participar como características fundamentais dos direitos culturais”, Observatorio Itaú Cultural. N°11. Direitos Culturais: um novo papel 2011

LÉVI-STRAUSS, C. “Race et histoire”, Paris, Denöel, coll. Folio, Essais, 1952, réed. 1987

LEVY, J. *El multiculturalismo del miedo*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2003

MERRY, S. E. “Human Rights Law and the Demonization of Culture (and Anthropology Along the Way)”. *POLAR: Political and Legal Anthropology Review*. Vol. 26, No. 1, Mayo 2003 . págs. 55-77

MEYER-BISCH, P. “Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme”, Actes du VIIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme ^ l'Université de Fribourg (Editions Universitaires Fribourg, Suiza, 1993).

MINISTERIO DE CULTURA. ESPAÑA. “Derechos Culturales como Derechos Humanos”, Madrid, 1979. Debate en el que participaron entre otros, B. Ghali, N. Otieno, V. Mshvenieradze, F. Jeanson, Y. Cohen, B. Breytenbach, E. Gellner, R. Thapar, T. Martelanc, A. N'Daw en la sede central de UNESCO en París (1968)

MUSITELLI, J. “La Convention sur la diversité culturelle: anatomie d'un succès diplomatique”, *Revue International et Stratégique*, núm. 62, verano de 2006

NIEC, H. “Cultural Rights: At the End of the World Decade for Cultural Development”
Intergovernmental Conference on Cultural Policies for Development (Stockholm, Sweden, 30 March - 2 April 1998)

PRIETO DE PEDRO, J. *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

– “Derechos Culturales, el hijo pródigo de los Derechos Humanos”, *Revista Crítica*, nº 952, Marzo 2008
– “Derechos culturales y desarrollo humano”. *Revista de Cultura OEI Pensar Iberoamérica* – nº7 septiembre – diciembre 2004

PRIETO DE PEDRO, J. y MARTINELL SEMPERE, A. “Convención sobre la protección y la promoción de las expresiones culturales”. Documento de trabajo para la primera reunión de expertos sobre la cooperación internacional. Unesco. Madrid, 12-17 de julio de 2007

SAID, E. *Cultura e Imperialismo*. Edit. Anagrama, Barcelona, 2004 (1ª edición 1996)

SEBRELI, J. J. *El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural*, 1ª edición. Editorial Ariel, Barcelona 1992

SYMONIDES, J. “Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”, Sala de Prensa, Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos. Nº124 febrero de 2010. Año XI, Vol. 5
<http://www.saladeprensa.org/art952.htm>

TEIXEIRA COELHO, P. “Direito cultural no século XXI: expectativa e complexidade”, Observatorio Itaú Cultural. Nº11. Direitos Culturais: um novo papel 2011

TYLOR, E.B. *Primitive culture*, Londres, John Murray, 1871. Traducción castellana *Cultura primitiva*, Madrid, Ayuso, 1976

VAQUER CABALLERÍA, M. *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

UNESCO-ETXEA “Derechos culturales. Documentos básicos de Naciones Unidas”, 2010

VELASCO, H. M. “La Cultura, noción moderna”. En Prieto de Pedro, J. (comp.), *El Derecho de la Cultura*. En prensa en ed. Trotta.

VENTURA ROBLES, M.E. “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*. Vol. 40 2004 pp 87-131

VERA LUGO, J.P. “La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural”. Artículo de reflexión aparecido en *Universitas humanística* no.62 julio-diciembre de 2006 pp: 205-238 Bogotá - Colombia issn 0120-4807